

**FORHANDLINGER OG AVTALER MELLOM
PÅTALEMYNDIGHETEN OG SIKTEDE
- KOMPETANSESPØRSMÅL OG
RETTSVIRKNINGER**

Kandidatnummer: 607

Leveringsfrist: 25. november 2007

Til sammen 17 932 ord

22.11.2007

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Oppgavens tema | 1 |
| 1.2 | Forhandlingenes form og innhold | 1 |
| 1.3 | Begrepsbruk | 2 |
| 1.4 | Omfanget av forhandlinger og avtaler i praksis | 3 |
| 1.5 | Rettslig tilnærming, problemstillinger og systematikk | 3 |
| 1.5.1 | Rettslig adgang til å forhandle med siktede | 4 |
| 1.5.2 | Rettsvirkninger | 5 |
| 1.6 | Rettskildesituasjon og rettskildebruk | 6 |
| <u>2</u> | <u>GRUNNLEGGENDE HENSYN OG PRINSIPPER</u> | <u>10</u> |
| 2.1 | Tre grunnkrav til en god prosessordning | 10 |
| 2.2 | Påtalemyndighetens rådighet over saken utenfor domstolsapparatet: anklageprinsippet og opportunitetsprinsippet | 11 |
| 2.3 | Partenes rådighet over sakens gjenstand under domstolsbehandlingen: Den materielle sannhets prinsipp | 16 |
| 2.4 | Objektivitet, likebehandling og saklighet | 18 |
| 2.5 | Vernet mot selvinkriminering og kravet om rettfærdig rettergang | 19 |
| 2.6 | Prosessøkonomi og effektiv kriminalitetsbekjempelse | 22 |
| 2.7 | Andre viktige hensyn | 22 |

| | | |
|-----------------|---|-----------|
| <u>3</u> | <u>KAN PÅTALEMYNDIGHETENS RÅDIGHET OVER STRAFFESAKEN BENYTTES SOM FORHANDLINGSRESSURS?</u> | 24 |
| 3.1 | Problemstillingen | 24 |
| 3.2 | Generelt om påtalemyndighetens materielle kompetanse og kravet om forsvarlig skjønnsutøvelse | 24 |
| 3.2.1 | Kompetansegrunnsetningen | 24 |
| 3.2.2 | Lovbundet eller diskresjonær kompetanse | 24 |
| 3.2.3 | Rettslige rammer for påtalemyndighetens skjønnsutøvelse | 25 |
| 3.2.4 | Objektivitetsplikten | 25 |
| 3.2.5 | Likebehandlingsprinsippet | 26 |
| 3.2.6 | Plikten til ikke å ta utenforliggende hensyn | 27 |
| 3.3 | Henleggelse av straffbare forhold som vederlag for tilståelse eller annet samarbeid | 29 |
| 3.4 | Forhandlingsposisjon i kraft av opportunitetsprinsippet | 32 |
| 3.5 | Foreleggskompetansen som forhandlingsressurs | 36 |
| 3.6 | Avtaler om subsumpsjon og straffepåstand | 40 |
| <u>4</u> | <u>PROSESSUELLE HINDRINGER: LØFTEFORBUDET JF. STRAFFEPROSESSLOVEN § 92(2)</u> | 41 |
| 4.1 | Generelt | 41 |
| 4.2 | Tilsagn om straffepåstand | 44 |
| 4.3 | Tilsagn vedrørende avgjørelsen av påtalespørsmålet | 45 |
| <u>5</u> | <u>AVTALENES BINDENDE VIRKNINGER FOR PÅTALEMYNDIGHETEN</u> | 48 |
| 5.1 | Problemstillingen | 48 |
| 5.2 | Tilnærming og struktur | 48 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 5.3 | Avtalerettslig kompetansegrunnlag? | 49 |
| 5.4 | Kompetanse på grunnlag av sedvane? | 50 |
| 5.5 | Forhåndstilsagn om straffeutmåling | 52 |
| 5.6 | Forhåndstilsagn om påtaleunntatelse, forelegg eller henleggelse | 54 |
| 5.7 | Kan forhåndstilsagnet få betydning for når omgjøringsvernet etter straffeprosesslovens regler inntreer? | 55 |
| <u>6</u> | <u>AVTALENES BINDEDE VIRKNINGER FOR DOMSTOLENE</u> | <u>59</u> |
| 6.1 | Problemstillingen | 59 |
| 6.2 | Avtaler om subsumpsjon og tilskjæring av siktelsen | 59 |
| 6.3 | Avtaler om straffepåstand | 60 |
| 6.3.1 | Rettslig utgangspunkt | 61 |
| 6.3.2 | Justisdepartementets forslag om å lovfeste regel om bindende straffetilsagn | 61 |
| 6.3.3 | Avtaler som straffeutmålingsmoment | 62 |
| | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>66</u> |
| | <u>DOMSREGISTER</u> | <u>68</u> |
| | <u>FORARBEIDER</u> | <u>69</u> |
| | <u>RUNDSKRIV</u> | <u>70</u> |

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede. Med forhandlinger og avtaler menes ulike former for underhåndskontakt mellom partene vedrørende hvilken virkning det kan eller vil få for straffesaksbehandlingen, at siktede tilstår eller samarbeider på annen måte. Oppgaven begrenser seg til å drøfte sentrale rettslige spørsmål knyttet til denne typen underhåndskontakt og avtaler etter norsk rett.

1.2 Forhandlingenes form og innhold

Den underhåndskontakt som finner sted kan innta ulike *former*. I den ene enden av skalaen finnes tilfeller hvor påtalemyndigheten gir nøktern informasjon om betydningen det etter gjeldende regler normalt vil ha at siktede tilstår eller samarbeider. Det gis for eksempel opplysninger om regelen i straffeloven § 59(2) om strafferabatt ved tilståelse. I den andre enden av skalaen har man regelrette forhandlinger, kjøpslåing og avtaler vedrørende hvordan påtalemyndigheten konkret vil utøve sin myndighet dersom siktede samarbeider.

Når det gjelder *innholdet* i partenes ytelser vil det fra påtalemyndighetens side gjennomgående dreie seg om tilbud om lempeligere behandling av siktede enn det ellers ville være grunnlag for. Det kan bli tale om å nedlegge en lavere *straffepåstand*. Etter gjeldende rett kan det innrømmes strafferabatt både der siktede gir en uforbeholden tilståelse jf. straffeloven § 59(2) og der siktede på annen måte samarbeider med politiet/påtalemyndigheten, jf. for eksempel Rt-2007-1056 (NOKAS).¹ Straffeutmålingsreglene er imidlertid svært skjønsmessige, og siktede kan derfor ha stor

¹ jf. også Rt-1995-1975, Rt-1998-2001 og Rt-2000-3

interesse i å få avklart på forhånd hvilken betydning et eventuelt samarbeid vil kunne få for staffutmålingen. At domstolene også gjennomgående er tilbakeholdne med å idømme strengere straffer enn de påstander som nedlegges av påtalemyndigheten, gjør at siktedes interesse i å få i stand en avtale om straffepåstand kan være betydelig.

En annen form for vederlag fra påtalemyndigheten kan være en lempeligere behandling av *påtale spørsmålet*. Det kan gis tilsagn om at det vil bli utferdiget *forelegg* i stedet for tiltalebeslutning. Det kan også bli tale om å tilskjære tiltalens omfang, eller helt unnlate strafforfølgning, ved at et eller flere forhold *henlegges* eller avgjøres ved *påtaleunnlatelse*. En annen mulighet er at påtalemyndigheten *nedsubsumerer det straffbare forhold*, ved å påstå anvendelse av en mildere straffebestemmelse enn forholdet ellers gir grunnlag for.

En variant som antagelig er praktisk, er at siktede forespeiles *løslatelse fra varetekt* dersom han tilstår. Det kan heller ikke utelukkes at påtalemyndigheten gir løfter om å forsøke å påvirke for eksempel *kriminalomsorgsforvaltningen* eller *utlendingsmyndighetene* til å treffe fordelaktige beslutninger for siktede.

Fra siktedes side vil ytelsen normalt være en tilståelse om egne forhold eller forklaringer om straffbare forhold begått av andre. Det vil også kunne bli tale om annet generelt samarbeid, herunder tilveiebringelse av objektive beviser, for eksempel dokumenter, gjenstander etc.²

1.3 Begrepsbruk

Det er en rekke ulike begreper som kan benyttes for å beskrive slik kontakt som det er redegjort for under pkt. 1.2. Jeg har så langt brukt begrepene *forhandlinger*, *avtaler*, *underhåndskontakt*, *kjøpslåing* og *tilsagn*. Andre steder vil jeg bruke betegnelser som *løfter*, *drøftelser* og det engelske uttrykket *plea bargaining* m.fl. Slik jeg ser det er det ikke grunn til å analysere og drøfte mulige meningsforskjeller og nyanser i disse begrepene. De

² Straffelovrådets betænkning 1424/2002 s. 333

benyttes i det følgende bare for å betegne den rent *faktiske* situasjon at påtalemyndigheten og siktede diskuterer den eventuelle straffeprosessuelle eller strafferettslige betydningen av et samarbeid. Det dreier seg altså ikke om rettslig begreper og skal ikke danne grunnlag for slutninger om rettstilstanden.

Begrepene ”avtaler” og ”løfter” er imidlertid spesielle. Betegnelsen ”avtale” leder tanken mot de alminnelige formuerettslige avtaler. Som jeg skal komme tilbake til er det imidlertid ikke er avtaler i denne alminnelige betydningen av ordet det er tale om. Så lenge man er klar over dette kan likevel avtalebegrepet være nyttig og gi en dekkende beskrivelse av de overenskomster som kan finne sted. Termen ”løfter” bør nok i denne oppgaven reserveres for slike løfter som rammes av løfteforbudet i straffeprosessloven § 92(2), slik at det ikke må opereres med to kategorier løfter – de som omfattes av loven og de som ikke omfattes.

1.4 Omfanget av forhandlinger og avtaler i praksis

Spørsmålet om i hvilken utstrekning påtalemyndigheten i praksis innlater seg på forhandlinger med siktede, er et empirisk spørsmål det er vanskelig å få noen god oversikt over uten å foreta grundige undersøkelser. Jeg har ikke som ledd i arbeidet med denne oppgaven foretatt noen slik undersøkelse. De færreste med kjennskap til strafferettspleien vil imidlertid benekte at slike forhandlinger forekommer i ganske stor utstrekning. På grunn av manglende sikker kunnskap på dette punkt, må jeg imidlertid til en viss grad arbeide med ”tenkte tilfeller”. Dette bør likevel ikke bli noen svakhet ved oppgaven, idet det i en teoretisk juridisk fremstilling i rimelig utstrekning må være forsvarlig å forutsette faktum.

1.5 Rettslig tilnærming, problemstillinger og systematikk

Forhandlinger og avtaler som nevnt reiser en rekke rettslige spørsmål, dels knyttet til den rettslige *adgangen* til å drive denne typen forhandlinger, og dels i relasjon til hvilke *rettsvirkninger* slik underhåndskontakt kan få.

1.5.1 Rettslig adgang til å forhandle med siktede

Spørsmålet om påtalemyndighetens adgang til å forhandle med siktede, er et spørsmål om i hvilken grad slik underhåndskontakt støter an mot de lovfestede og ulovfestede skranker som gjelder for påtalemyndighetens virksomhet.

Det har i teorien vært vanlig å hevde at påtalemyndigheten ikke har adgang til å inngå avtaler med siktede, at påtalemyndigheten mangler hjemmel/kompetanse til å inngå slike avtaler og at forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede er i strid med norske rettsprinsipper etc.³ Slike generelle karakteristikk av rettstilstanden kan danne et greit rettslig utgangspunkt, men er til liten hjelp når man skal ta stilling til de enkeltspørsmål som kan oppstå i forbindelse med denne typen underhåndskontakt. Det er behov for å nærme seg problemstillingene mer analytisk, og bruke begreper som gir en mest mulig presis og dekkende beskrivelse av det eksisterende rettslige rammeverket.

Jeg mener det er hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de *ulike typer feil* som kan knytte seg til de rettslige beslutninger som påtalemyndigheten treffer. I straffeprosessens regler om påtaleforvaltningen, som i forvaltningsretten ellers, sondres det mellom feil av typen *materiell, personell og prosessuell kompetanseoverskridelse, og mangelfull skjønnsutøvelse*. Spørsmålet om påtalemyndighetens adgang og kompetanse til å forhandle og inngå avtaler med siktede, kan hensiktsmessig besvares med utgangspunkt i disse begrensningene.

En side av spørsmålet om adgangen til å drive plea bargaining blir etter denne tilnærmingen *hvorvidt rammene for påtalemyndighetens materielle kompetanse og grensene for påtalemyndighetens skjønnsutøvelse gir rom for å behandle siktede lempeligere begrunnet i dennes tilståelse/samarbeid*. Hvis samarbeidselementet må anses som utenforliggende hensyn ved de påtalemessige vurderinger, vil likebehandlingshensyn og objektivitetsbetraktninger gjennomgående utelukke at påtalemyndigheten

³ Andenæs I s. 87, Hov II s. 168

forskjellsbehandler på grunnlag av siktedes samarbeidsvilje. Det vil være andre hensyn som skal være styrende for myndighetsutøvelsen. Konsekvensen vil i så fall være at det er utelukket å benytte den påtalemessige forvaltningskompetansen som *forhandlingsressurs*. Jeg ser nærmere på disse spørsmålene i kapittel 3.

Et annet spørsmål er om de krav som stilles til påtalemyndighetens saksbehandling utgjør en begrensning i den rettslige adgangen til å inngå avtaler som nevnt. Den saksbehandlingsregel som det først og fremst er aktuelt å drøfte i denne forbindelse, er det såkalte *løfteforbudet* i straffeprosessloven § 92(2) som forbyr bruk av løfter mv. under avhør av siktede. En foreløpig betraktning kan være at nærmest enhver type av forhandlinger og avtaler med påtalemyndigheten forutsetter bruk av løfter i en viss betydning av begrepet, og at bestemmelsen dermed kan synes å stå i veien for påtalemyndighetens adgang til å benytte seg av denne typen virkemidler. Dette spørsmålet vil bli behandlet i kapittel 4.

Personelle kompetansespørsmål blir ikke behandlet. Spørsmålet om påtalemyndighetens adgang til å forhandle med siktede drøftes for påtaleetaten som sådan.

1.5.2 Rettsvirkninger

Avtaler og forhandlinger som nevnt kan ha en rekke ulike *rettsvirkninger*. Hvis det treffes avgjørelser i strid med materielle kompetansebegrensninger eller på grunnlag av mangelfull og rettstridig skjønnsutøvelse, kan vedkommende beslutning bli å anse som ugyldig, og eventuelt bli omgjort av overordnet påtalemyndighet. Beslutningen kan også bli utsatt for kritikk fra Sivilombudsmannen eller få ugyldighetsvirkninger for domstolene, ved at saker avvises eller avsagte dommer oppheves. En fullstendig gjennomgang av alle mulige rettsvirkninger ville imidlertid bli for omfattende, og jeg velger derfor heller å konsentrere meg om to utvalgte problemstillinger som jeg oppfatter at har særlig interesse for oppgavens tema.

Et spørsmål som kan dukke opp i forbindelse med plea bargaining, er om de tilsagn som eventuelt blir gitt kan få betydning for hvor fritt påtalemyndigheten i etterkant står i den

videre straffesaksbehandlingen. Spørsmålet er om påtalemyndigheten *ved forhåndsavtale* kan binde sin egen fremtidige myndighetsutøvelse. Problemstillingen er kjent fra den alminnelige forvaltningsretten, og kan komme på spissen dersom påtalemyndigheten av en eller annen grunn ikke ønsker å utøve sin myndighet i samsvar med de tilsagn som er gitt, eller som siktede hevder at har blitt gitt. Jeg kommer tilbake til denne problemstillingen i kapittel 5.

Et annet spørsmål som er av spesiell interesse er *i hvilken grad domstolene blir bundet av de avtaler som påtalemyndigheten inngår*. Spørsmålet faller i stor grad sammen med problemene relatert til forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, men noen særlige spørsmål kan dukke opp når det er inngått avtale mellom partene. Det kan dessuten spores en utvikling i rettspraksis vedrørende i hvilken grad domstolene bør respektere partenes avtale om straffeutmåling. Spørsmålet drøftes i kapittel 6.

Før jeg kommer inn på de nevnte spørsmål om rettslige rammer og rettsvirkninger mer i detalj, vil jeg kort se nærmere på noen særlige metodiske spørsmål, jf. like nedenfor pkt. 1.6. Jeg vil også gå forholdsvis grundig igjennom de mest sentrale hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende i relasjon til forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede, jf. kapittel 2.

1.6 Rettskildesituasjon og rettskildebruk

Rettskildesituasjonen når det gjelder fenomenet plea bargaining i norsk rett må kunne karakteriseres som temmelig fragmentarisk. Med unntak av løfteforbudet i straffeprosessloven § 92(2) er denne typen ordninger ikke direkte regulert i lovgivningen. Det foreligger noe rettspraksis som gir viktige avklarende bidrag, men for øvrig dreier det seg stort sett om spredte uttalelser i lovmotiver, teori, rettspraksis og noen andre kilder, som bare i varierende grad gir grunnlag for sikre slutninger om rettstilstanden. Et hovedsymptom er dessuten at kildene enten er så generelt formulert, eller så konkret begrunnet at overføringsverdien blir begrenset. Det foreligger således lite formell regulering av de spørsmål oppgaven tar opp, og de positive rettskilder som finnes har

begrenset rekkevidde. Generelt må dette få den konsekvens at reelle hensyn og grunnleggende prinsipper får stor gjennomslagskraft ved fastleggelsen av rettstilstanden på området.⁴

Utgangspunktet for rettskildebruken i denne oppgaven er selvsagt den alminnelige metodelære, slik denne er nedfelt i praksis og teori. På et punkt kan det likevel være grunn til å reise et generelt rettskildemessig spørsmål. Flere steder i oppgaven fremheves påtaleinstruksen, Riksadvokatens rundskriv og påtalemyndighetens praksis som støtteargument for løsninger som allerede kan utledes av andre rettskilder, men også til en viss grad som selvstendig argument for slutninger om gjeldende rett. Særlig det siste reiser spørsmål om hvilken vekt påtaleinstruksen og påtalepraksis har som rettskildefaktor.

Rettskildebruken kan variere med ulike rettskulturer og rettsandvendere (polysentri).⁵ Dette gjør at det er grunn til å presisere at problemstillingen her knyttes til hvilken vekt påtaleinstruksen og påtalepraksis har og bør ha overfor domstolene. Dette må anses som det sentrale både fordi det er domstolenes, og spesielt Høyesteretts, rettskildebruk som normalt anses som retningsgivende, og fordi domstolene har det siste og avgjørende ord i den grad rettsspørsmål bringes inn til rettslig behandling.⁶

Når det gjelder spørsmålet om *påtaleinstruksen* som rettskildefaktor, har det vært den alminnelige oppfatning i juridisk teori at overtredelse av påtaleinstruksens saksbehandlingsregler ikke skal ha ugyldighetsvirkninger.⁷ Med terminologi fra den juridiske metode innebærer dette utgangspunktet at de normer og slutninger som kan utledes av påtaleinstruksen normalt ikke tillegges en så stor vekt, at disse legges til grunn

⁴ Eckhoff s. 378

⁵ Eckhoff s. 17

⁶ Eckhoff s. 20-21 og Myhrer, Påtalemyndigheten s. 224

⁷ Hov II (2007) s. 190

som rettsnormer som binder påtalemyndigheten. Påtaleinstruksen får karakter av ”bør”-regler.⁸ Et eksempel fra rettspraksis som gir støtte for dette finnes i Rt-2000-1084:

”Det står i påtaleinstruksen § 17-3 at beslutning om innstilling av straffeforfølgning skal være skriftlig og skal dateres og underskrives av rette vedkommende. [...] *Dette er imidlertid kun en instruks til påtalemyndigheten og ikke et krav som går frem av loven.* [...] Påtaleinstruksens krav om skriftlighet har gode grunner for seg, da det sikrer notoritet. På den annen side kommer hensynet til siktede inn.” (min uth.)

I Rt-1979-1021 lar imidlertid Høyesterett det stå åpent om påtaleinstruksen kan ha en større gjennomslagskraft, slik at de normer den gir uttrykk for legges til grunn som bindende saksbehandlingsregler. Domfelte i saken var blitt avhørt av politiet før han var nådd myndighetsalderen, uten at hans verge fikk anledning til å være tilstede under avhøret. Han anførte at dette var en feil, jf. den da gjeldende påtaleinstruksen § 10(6). Høyesterett uttaler:

”Jeg er etter dette kommet til at politiet ikke handlet i strid med påtaleinstruksen, og det er *ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om et brudd på de her omhandlede instruksbestemmelser bør få samme virkning som når lovbestemmelser av tilsvarende innhold er satt til side.*” (min uth.)

En forsiktig antydning om påtaleinstruksens vekt som rettskildefaktor kan etter dette være at den i utgangspunktet ikke tillegges en så stor vekt at den anses avgjørende for innholdet i straffeprosessens saksbehandlingsregler. Det må likevel antas at dens bestemmelser etter omstendighetene kan gis en slik gjennomslagskraft. Det sentrale og ofte avgjørende vil være om den løsningen instruksen foreskriver har gode reelle grunner for seg.

Spørsmålet om den rettskildemessige vekt at påtalemyndighetens praksis og direktiver fra Riksadvokaten er behandlet av professor Tor-Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde*, TfR-2003-219. Myhrer adopterer professor Mads Henry Andenæs’ sondring mellom rettskildenes autoritetsverdi og argumentasjonsverdi. Hovedkonklusjonen er at

⁸ Hov II (2007) s. 189

påtalemyndighetens praksis og overordnet påtalemyndighets direktiver ”har forholdsvis beskjeden autoritetsverdi utenfor etaten”, men at gode grunner kan tale for at en overveid og begrunnet praksis bør ha status som en ”særlig kyndig avveining av de forskjellige reelle hensyn som gjør seg gjeldende, [...] som rettsadvendere med dårligere innsikt bør være tilbakeholdne med å overprøve” (argumentasjonsverdi).⁹

Spørsmålet om den rettskildemessige betydning av Riksadvokatens instruks ble berørt i Rt-1998-407 (Skrik) i forbindelse med spørsmålet om de rettslige rammer for bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt:

”Jeg tar da utgangspunkt i Riksadvokatens instruks for bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker, idet jeg antar at denne bør ha tilsvarende betydning i andre saker hvor slike etterforskningsmetoder er aktuelle. *Som det er fremhevet i Rt-1984-1076 og Rt-1992-1088, er instruksene ikke i noe tilfelle avgjørende for domstolene, slik at etterforskningen i et gitt tilfelle i alle fall må prøves ut fra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper.*” (min uth.)

Selv om Høyesterett føler behov for å markere uavhengighet til Riksadvokatens instruks, synes det klart av de videre drøftelser i dommen at rundskrivet ikke er uten betydning som premiss for Høyesteretts avgjørelse. Instruksene anvendes nærmest som en sjekkpunktliste for vurderingen av lovligheten av de etterforskningsmetoder som var blitt benyttet.

Det må likevel være klart at domstolene ikke vil føle seg bundet av Riksadvokatens rundskriv eller påtalemyndighetens øvrige praksis dersom de finner at andre tungtveiende hensyn taler for en annen løsning. Den relative vekt av påtalepraksis vil i betydelig grad være sensibel for påvirkning fra andre rettskilder, ikke minst for rettssikkerhetshensyn og andre tungtveiende reelle hensyn. Dersom påtalemyndighetens praksis på den annen side må anses som utslag av en etablert og langvarig kutyme, som har gode grunner for seg og eventuelt også er til gunst for siktede, må gjennomslagskraften antas å være større.

⁹ Myhrer, Påtalemyndigheten s. 243

2 GRUNNLEGGENDE HENSYN OG PRINSIPPER

2.1 Tre grunnkrav til en god prosessordning

De fleste av de hensyn som ofte gjøres gjeldende for og imot ordninger med plea bargaining, og som det skal redegjøres for i det følgende, kan sorteres under de *tre grunnkrav* som det er vanlig å hevde at må stilles til en god prosessordning.¹⁰ Det første av disse kravene er at prosessen må være *betryggende*, ved å sikre riktige avgjørelser (materiell sannhet), og særlig at ingen uskyldige blir dømt. Videre må den være *tillitsvekkende*, det vil si at den må være hensynsfull overfor de involverte og gjennomføres på en slik måte at allmennheten oppfatter at strafferettsapparatet ivaretar deres rettsikkerhet. Et tredje krav er at prosessen må være *effektiv og prosessøkonomisk*. Det er blant annet av sentral betydning at man får en avgjørelse av straffesakene innen rimelig tid etter at den straffbare handlingen er begått. Dette hensynet taler for at det ikke stilles strengere krav til påtalemyndighetens saksbehandling, enn at sakene kan behandles med rimelig bruk av tid og ressurser.

Straffeprosessens regler er i stor grad utformet etter et nødvendig kompromiss mellom disse tre grunnkravene. Det gir derfor god sammenheng også å se grunnhensynene som retningsgivende ved fortolkningen og praktiseringen av enkeltbestemmelser. De kan si noe om hvilken av flere mulige løsninger som bør velges, og om hvilke momenter som er relevante (og hvilke som er utenforliggende) ved de mer skjønnsmessige avveininger.¹¹

¹⁰ Andenæs I s. 2 flg. og Hov I s. 72 flg.

¹¹ Riksadvokatens brev til Sivilombudsmannen av 20. mai 1994, referert i Sivilombudsmannens årsmelding for 1995, jf. også Andenæs, God Åklagarsed s. 60-61

2.2 Påtalemyndighetens rådighet over saken utenfor domstolsapparatet: anklageprinsippet og opportunitetsprinsippet

Anklageprinsippet i norsk rett innebærer i første rekke at domstolene ikke trer i virksomhet uten at dette er initiert av påtalemyndigheten, jf. straffeprosessloven § 63. Prinsippet er videreført i straffeprosessloven § 38 som avskjærer domstolene fra å kunne pådømme andre straffbare forhold enn det eller de som er fremmet av påtalemyndigheten.

Påtalemyndigheten har altså monopol når det gjelder å beslutte strafforfølgning for domstolene.¹² I relasjon til temaet i denne oppgaven er det derfor interessant å undersøke nærmere *hvilken rådighet påtalemyndigheten har over saken utenfor domstolsapparatet*, herunder særlig hvilke rammer som gjelder for påtalemyndighetens adgang til å avslutte straffesaker ved utenrettslig avgjørelse. I en særstilling i denne sammenheng står de kompetanseregler som kan anses som utslag av det *opportunitetsprinsipp* som gjelder i vår prosessordning, og som innebærer at påtalemyndigheten har en viss skjønnsmessig kompetanse til å unnlate å forfølge straffbare forhold.¹³

Et spørsmål som vil stå sentralt, både umiddelbart i det følgende og senere i oppgaven, er om den rådighet som påtalemyndigheten har over straffesaken i kraft av opportunitetsprinsippet, gir påtalemyndigheten en mulighet til å behandle siktede lempeligere begrunnet i dennes tilståelse/samarbeid.

Undersøkelsen av dette spørsmålet bør innledes med en analyse av hvilke av påtalemyndighetens avgjørelsesmuligheter som gir rom for å unnlate forfølgning ut fra en

¹² Jeg ser bort fra private straffesaker etter straffeprosessloven kapittel 28

¹³ Rettssystemer som ikke anerkjenner en slik diskresjonær adgang til å unnlate forfølgning sies gjerne å bygge på et (straffeprosessuelt) *legalitetsprinsipp*. Her er utgangspunktet det motsatte, nemlig at påtalemyndigheten har en utstrakt plikt til å etterforske, og til å reise tiltale hvis den finner bevis for siktedes skyld, jf. Andenæs I s. 330

avveining av opportunitetshensyn, og som dermed kan sies å være utslag av opportunitetsprinsippet – spørsmålet om *opportunitetsprinsippets rekkevidde*.

Opportunitetsprinsippet har i norsk rett først og fremst vært knyttet til den adgang påtalemyndigheten har til å gi *påtaleunndlatelse* etter straffeprosessloven § 69.¹⁴ Denne bestemmer at: ”Selv om straffeskyld anses bevist, kan påtale unnlates såfremt slike *særlige hensyn* er til stede at påtalemyndigheten etter en *samlet vurdering* finner at *overveiende grunner* taler for ikke å påtale handlingen.” (min uth.).¹⁵ Bestemmelsen kan utlegges slik at den gir en viss skjønnsmessig adgang til å fravike lovens utgangspunkt om at bevismessig sikre straffbare forhold skal påtales, forutsatt at påtalemyndigheten etter en helhetsvurdering finner at dette, alle (relevante) forhold tatt i betraktning, er den beste løsningen.

Også straffeprosessloven § 70(1) kan sees som et utslag av opportunitetsprinsippet: ”Påtale kan unnlates når reglene om straffeutmålingen ved sammenstøt av flere forbrytelser eller forseelser medfører at ingen eller bare en ubetydelig straff ville komme til anvendelse.” Riktignok åpner bestemmelsen bare for å unnlate påtale der dette uansett ikke får nevneverdig betydning for straffeutmålingen. Likevel er det tale om en skjønnsmessig adgang til å unnlate forfølgning av straffbare forhold, og det gir derfor etter min mening en realistisk tilnærming å se bestemmelsen som et utslag av opportunitetsprinsippet.

Spørsmålet i det følgende er om opportunitetsprinsippet er uttømt ved disse to bestemmelsene, eller om det er naturlig å se flere av påtalemyndighetens avgjørelsesmuligheter som utslag av et slikt prinsipp.

¹⁴ Andenæs I s. 330-331. Se også Røstad s. 85 flg. om den tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven 1887 § 85(2)

¹⁵ Straffeprosessloven § 69 ble endret ved vedtakelsen av Straffeloven 2005. Endringen tar ikke sikte på å endre vilkårene for påtaleunndlatelse, jf. Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 487. Endringene er p.t. ikke trådt i kraft

Den danske dr. jur. Birgit Feldtmann peker i en komparativ fremstilling av opportunitetsprinsippet og legalitetsprinsippet i henholdsvis Danmark og Tyskland på at hvis man skal gi en realistisk beskrivelse av opportunitetsprinsippets plass i rettsystemet, kan man ikke nøye seg med å undersøke om det i vedkommende rettssystem eksisterer regler om påtaleunntatelse. Hun skriver:

”Vurderingen af opportunitets- eller legalitetsprincippets rolle i strafferetsplejen og hermed anklagemyndighedens funktion hverken kan eller bør alene ske på grundlag af tiltalefrafaldsbestemmelserne [påtaleunntatelse]. *I begge lande eksisterer opportunitetsmulighederne i et komplekst system af afgørelsesmuligheder.*”¹⁶ (min tilf./uth.)

Det har ikke vært vanlig i norsk rett å se alle påtalemyndighetens utenrettslige avgjørelsesmuligheter som utslag av opportunitetsprinsippet. Feldtmann anser for eksempel det danske system tilsvarende den norske *foreleggsordningen*, som en opportunitetsmulighet.¹⁷ Adgangen til å avgjøre straffbare forhold ved forelegg innebærer riktignok en utenrettslig avgjørelsesmulighet, men det er neppe særlig dekkende å se ordningen som et utslag av opportunitetsprinsippet, idet det ikke dreier seg om noen unntatelse av strafforfølgning, bare om straff ilagt i en annen form. Som jeg skal komme tilbake til, kan foreleggskompetansen likevel være interessant i en forhandlingssituasjon av andre grunner, jf. pkt. 3.5.

Den vurdering påtalemyndigheten står ovenfor når den skal avgjøre *om det skal iverksettes etterforskning* eller om forholdet skal henlegges, kan imidlertid muligens sees i et opportunitetsperspektiv. Straffeprosesslovens utgangspunkt er at påtalemyndigheten har en *etterforskningsplikt*, når den på den ene eller annen måte får kunnskap om mulige straffbare forhold, jf. § 224 som bestemmer at: ”*Etterforskning foretas* når det som følge av

¹⁶ Feldtmann s. 164

¹⁷ Feldtmann s. 165

anmeldelse eller andre omstendigheter er *rimelig grunn til å undersøke* om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.” (min uth.).¹⁸

Forankret i lovens formulering ”*rimelig grunn til å undersøke*” er det imidlertid i teorien antatt at denne plikten modifiseres av nettopp opportunitetsprinsippet.¹⁹ Metodeutvalget slutter seg også til denne forståelsen:

”Etter norsk straffeprosess har påtalemyndigheten en diskresjonær adgang til å unnlate straffeforfølgning. Straffeprosessloven § 69 og 70 som regulerer adgangen til å gi påtaleunntatelse bygger på dette prinsippet. *Prinsippet er imidlertid mer vidtrekkende enn dette* og gjelder ikke bare på det tidspunkt det skal treffes påtalevedtak. *Påtalemyndigheten kan således avveie de hensyn som taler for og mot å gå videre med saken på et tidligere tidspunkt, f.eks i forbindelse med om en sak i det hele tatt skal etterforskes.*”²⁰ (min uth.)

Jeg er enig i at det gir det god sammenheng å se den skjønnsmessige adgang påtalemyndigheten har til å unnlate etterforskning og innstille straffeforfølgning, som et utslag av opportunitetsprinsippet.

Spørsmålet om å innstille forfølgning stiller seg imidlertid annerledes dersom *saken er ferdig etterforsket og oppklart*.²¹ Lovens utgangspunkt er at straffbare forhold skal påtales med mindre det finnes lovhjemmel for å unnlate forfølgning jf. straffeloven § 77. I juridisk teori er det imidlertid diskutert om ikke påtalemyndigheten også har ”en viss skjønnsmessig adgang til å henlegge en sak, selv om forutsetningene for en strafferettslig forfølgning ellers skulle være til stede”.²² Forutsatt en slik adgang til å henlegge straffbare

¹⁸ Det er antatt at bestemmelsen også regulerer når påtalemyndigheten har en rett/frihet til å iverksette etterforskning, og at den således regulerer både når det er *adgang* til å iverksette etterforskning og når påtalemyndigheten har en *plikt* til å etterforske, jf. Myhrer, Etterforskningsbegrepet s. 12-13

¹⁹ Hov, Påtalemyndigheten s. 19 og Auglend m.fl. s. 601 flg.

²⁰ jf. NOU 1997:15 pkt. 4.1.9

²¹ Hov, Henleggelse s. 620

²² Hov, Påtalemyndigheten s. 26 jf. Hov II (2007) s. 102 flg.

forhold, må denne også kunne sees i et opportunitetsperspektiv. Jeg kommer tilbake til grensene for en slik eventuell henleggelsesadgang, og mulighetene for å benytte denne i en forhandlingssituasjon nedenfor, jf. pkt. 3.3.

Et siste regelsett som kan nevnes i relasjon til opportunitetsprinsippet, er reglene om at strafforfølgning i visse tilfeller er prosessuelt betinget av at *allmenne hensyn* krever påtale. Hovedregelen etter straffeloven § 77, er som nevnt at straffbare handlinger er undergitt *ubetinget offentlig påtale* med mindre annet uttrykkelig er bestemt. Mange straffebud inneholder imidlertid prosessuelle vilkår for at det offentlige skal kunne reise straffesak; enten at det må foreligge *påtalebegjæring* fra den fornærmede, at *allmenne hensyn* krever påtale, eller en kombinasjon av disse to vilkårene (alternativt eller kumulativt).²³ Disse straffebudene er undergitt såkalt *betinget offentlig påtale*.

I de tilfeller straffeforfølgning er betinget av at allmenne hensyn krever påtale, er påtalemyndigheten gitt en skjønnsmessig adgang til å unnlate å forfølge forholdet. Påtalemyndighetens vurdering av om allmenne hensyn krever påtale kan ikke overprøves av domstolene.²⁴ Etter min mening gir det en realistisk og god tilnærming også å se disse reglene som utslag av opportunitetsprinsippet.

De straffebud som etter gjeldende rett er undergitt betinget offentlig påtale, rammer gjennomgående mindre alvorlige forhold. Man kunne innvende mot å bruke plass på disse reglene i relasjon til denne oppgavens tema, at adgangen til å unnlate forfølgning i disse tilfellene dermed er lite interessant i en forhandlingssammenheng.

Ved vedtakelsen av straffeloven 2005 ble imidlertid de aktuelle påtalereglene endret. Den gjeldende ordning som frem til lovendringen har vært regulert i straffeloven, ble erstattet av en ny generell bestemmelse i straffeprosessloven § 62a(2), med følgende ordlyd: "For overtredelse av straffebud med en strafferamme på 2 år eller lavere kan påtale unnlates hvis

²³ NOU 2002:4 s. 182

²⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 63-64

ikke allmenne hensyn tilsier påtale.” Når denne bestemmelsen trer i kraft vil altså alle straffebud med en strafferamme på to år eller lavere være undergitt påtalemyndighetens vurdering av om allmenne hensyn krever påtale. Dette gjør det etter min mening interessant også å stille spørsmålet om påtalemyndigheten kan bruke denne kompetansen til å forhandle med siktede.

Gjennomgangen i dette kapittelet viser at det er en rekke regler i straffeprosessen som gir påtalemyndigheten en diskresjonær adgang til å unnlate straffeforfølgning. Spørsmålet i neste rekke blir om det ved de vurderinger som påtalemyndigheten er satt til å foreta etter disse bestemmelsene, kan legges vekt på tilståelser eller annet samarbeid fra siktede. Med andre ord om siktedes samarbeid er et relevant eller et utenforliggende hensyn i relasjon til de aktuelle regelsett. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i kapittel 3, særlig pkt. 3.3. og 3.4.

2.3 Partenes rådighet over sakens gjenstand under domstolsbehandlingen: Den materielle sannhets prinsipp

Et spørsmål som står helt sentralt i enhver prosessordning – både sivilprosess og straffeprosess – er *i hvilken grad partene har og bør ha rådighet over sakens gjenstand*, slik at de kan binde retten ved sine prosesshandlinger. Problemstillingen står i nær sammenheng med spørsmålet om *i hvilken grad prosessen skal søke å ivareta hensynet til den materielle sannhet*.²⁵ Spørsmålene besvares gjennomgående forskjellig i henholdsvis sivil- og straffeprosessen.

I sivilprosessens dispositive saker (saker med fri rådighet) gjelder en grunnleggende tese om at siden partene kan disponere over tvistegjenstanden ved avtale utenfor rettsapparatet, bør ikke domstolene stå i veien for at partene også disponerer over tvistegjenstanden i rettssalen. Partene er derfor gitt en vid adgang til å binde retten gjennom sine prosesshandlinger: *Disposisjonsprinsippet* innebærer at ”retten ikke kan pådømme et krav

²⁵ Robberstad s. 128 flg.

som ikke er brakt inn i saken av noen av partene”, eller gå utenfor partenes påstander.

Forhandlingsprinsippet går ut på at partene har ”hovedansvaret for å føre bevis og gjøre rede for de faktiske forhold av betydning for avgjørelsen”, og at ”retten ikke kan bygge sin avgjørelse på et annet faktisk grunnlag enn det som er påberopt av en part.”²⁶

En konsekvens av at partene i sivile saker har en slik adgang til å binde retten, er at man må akseptere at domstolenes avgjørelser ikke nødvendigvis blir materielt riktige. Avgjørelsene blir i stor grad bare riktige i forhold til de bevis og fakta som er ført og påberopt av partene og de påstander som er nedlagt, såkalt *formelt riktige*.

I straffeprosessen slår ikke de nevnte rådighets- og avtalesynspunktene til, og det gjelder ikke noe forhandlingsprinsipp eller disposisjonsprinsipp. For det første kan domstolene i straffesaker ikke nøye seg med å legge til grunn det *faktum* som presenteres av partene: Det gjelder å finne ”den virkelige sannheten, uavhengig av partenes disposisjoner”.²⁷ Prinsippet kommer til uttrykk ved regelen om rettens ansvar for sakens opplysning i straffeprosessloven § 294: ”Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.” For det andre er retten ikke bundet av påtalemyndighetens *rettsanvendelse* eller *straffepåstand* jf. straffeprosessloven § 38(2). Domstolene er bundet til å anvende den til enhver tid gjeldende strafferett, og også bundet av de retningslinjer for straffeutmålingen som er trukket opp i rettspraksis.

Domstolene har altså som det klare utgangspunkt en plikt til å anvende riktig juss på materielt riktig faktum. Dette særtrekket ved straffeprosessen er formulert slik i Ot.prp.nr.64 (1998-1999) (s. 66): ”Det er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess at det gjelder å komme frem til materielt riktige avgjørelser - *den materielle sannhets prinsipp*.”

²⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) pkt. 4.1

²⁷ Robberstad s. 129 og 130

De viktige prinsipielle forskjeller som her er trukket frem mellom sivilprosessen og straffeprosessen når det gjelder partenes rådighet over sakens gjenstand, kan være med å kaste lys over en del av de problemstillinger som skal drøftes senere i oppgaven. En sentral observasjon er at straffeprosessens system ikke legger opp til at sakens gjenstand skal være objekt for avtaler og forlik, slik som sivilprosessen, men at prosessen skal gjennomføres på en slik måte at den i størst mulig grad leder til materielt riktige avgjørelser.

2.4 Objektivitet, likebehandling og saklighet

Det hviler åpenbart et betydelig ansvar på påtalemyndigheten gjennom den adgang den har til å avgjøre og avslutte straffesaker ved utenrettslig avgjørelse. I tillegg er det påtalemyndigheten som forbereder og i stor grad legger premissene for prosessen i domstolene, og som opptre som part under domstolsbehandlingen.

Det er svært viktig at disse oppgavene utføres i henhold til objektive og saklige kriterier, og på en slik måte at hensynet til likebehandling ivaretas. Det er derfor vanlig å si at påtalemyndigheten har en *særskilt objektivitetsplikt*, og det fremheves også at det for påtalemyndigheten, som i forvaltningen ellers, må gjelde et *likehetsprinsipp* og en plikt til ikke å ta *utenforliggende hensyn* ved de påtalemessige vurderinger.

En grunnleggende innvending mot å akseptere plea bargaining som et element i norsk straffeprosess, er at dette er antatt å ville føre til en utstrakt forskjellsbehandling, og at det vil være i strid med objektivitetsprinsippet. Det har særlig vært fremhevet at noen kriminelle vil kunne ha bedre forhandlingskort enn andre, og at det ville være galt om dette skulle være utslagsgivende for hvorledes vedkommendes straffesak blir behandlet. Det har også blitt pekt på at ressursituasjonen i det enkelte politidistrikt kan påvirke påtalemyndighetens forhandlingsvilje.²⁸

²⁸ jf. for eksempel Rt-2007-616 (mindretallet) og Arbeidsgruppe I s. 87

Jeg kommer til tilbake forholdet mellom plea bargaining og kravene til objektivitet, likebehandling og saklighet under pkt. 3.2.3. flg., i forbindelse med spørsmålet om hvilke rettslige rammer som gjelder for påtalemyndighetens skjønnsutøvelse.

2.5 Vernet mot selvinkriminering og kravet om rettferdig rettergang

Et spørsmål er om plea bargaining for å frembringe en *tilståelse om siktedes egne forhold* kan være å anse som bruk av utilbørlig pressmiddel overfor siktede i strid med selvinkrimineringsforbudet og retten til rettferdig rettergang jf. FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14(3) g) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6(1). Selv om vernet mot tvungen selvinkriminering ikke er uttrykkelig nevnt i EMK artikkel 6(1), er det lagt til grunn i praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol i Strasbourg (EMD) at vernet må anses som en del av retten til rettferdig rettergang.²⁹

Vernet mot selvinkriminering innebærer at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse, jf. Rt-2003-1814. Forbudet dreier seg særlig om å respektere siktedes *valg* om å forholde seg taus.³⁰ Prinsippet står imidlertid ikke i veien for at den mistenkte selv *velger* å bidra til egen domfellelse, ved tilståelse eller på annen måte. Det sentrale spørsmålet er derfor om plea bargaining og løfter fra påtalemyndigheten kan sies å innebære et *tvangselement* som krenker den *valgfrihet* som siktede har i kraft av selvinkrimineringsforbudet.

Forhistorien til selvinkrimineringsvernet i SP artikkel 14(3) g) gir en interessant innfallsvinkel til dette spørsmålet. Bakgrunnen for at vernet mot selvinkriminering ble uttrykkelig regulert i konvensjonen, var et forslag fremmet av Filippinene under forhandlingene i Menneskerettighetskommisjonen i 1950, med følgende ordlyd:

²⁹ jf. prejudikatet Funke v. Frankrike

³⁰ Møse s. 347 jf. Saunders v. UK

“No one shall be compelled to testify against himself, or to confess guilt, *or be induced to make such confession by a promise of reward or immunity*, except in the last case when the person confessing becomes a State witness.”³¹ (min uth.)

Forslaget ble imidlertid bare delvis tatt til følge, og passusen som konkret rettet seg mot løfter fra påtalemyndigheten om amnesti eller andre former for belønning, ble forkastet under stemmegivningen.³² Man ble stående igjen med ordlyden: ”... not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt”.

Det fremgår ikke klart av forhandlingene hvorvidt man ved å utelate den resterende del av forslaget mente at artikkel 14(3) g) ikke skulle ramme denne typen løfter, eller om man anså passusen for overflødig, ved at løsningen uansett måtte anses å følge av den formulering man ble stående igjen med. Nåværende dommer i EMD Sverre Erik Jebens antar likevel under henvisning til konvensjonens forhistorie at: ”SP art. 14 nr. 3 g forbyr derfor neppe at politiet eller påtalemyndigheten gir slike løfter og oppnår tilståelse, så lenge tilståelsen for øvrig er frivillig”³³

En viss støtte for løsningen gir det også at USA, som har ratifisert FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, praktiserer plea bargaining i stor skala, uten at dette har reist spørsmål i relasjon til selvinkrimineringsforbudet i 14(3) g).

Det tilsvarende spørsmål i relasjon til EMK artikkel 6(1) har etter det jeg vet ikke vært berørt i praksis fra EMD eller andre autoritative kilder. En viss, men likevel helt begrenset, støtte for at bestemmelsen ikke rammer slike løfter kan sies å ligge i det faktum at det i en rekke av de saker som er brakt inn for menneskerettighetsdomstolen fremgår at plea bargaining har vært benyttet, uten at lovligheten av dette har blitt problematisert.

³¹ E/CN.4/365 s. 40

³² Nowak s. 345 jf. E/CN.4/SR.159 s. 9

³³ Jebens s. 409

Problemstillingen ble imidlertid drøftet i det danske straffelovrådets betenkning fra 2002 om ”*Straffastsættelse og strafferammer I*” (side 345), hvor det blant annet uttales at:

” Artikel 6, stk. 1, beskytter den tiltalte mod ’utilbørlig tvang’ fra myndighedernes side. Disse principper bygger på en forudsætning om, at anklagemyndigheden skal bevise tiltaltes skyld uden at gøre brug af beviser, der er tilvejebragt ved forskellige former for tvang i strid med den tiltaltes egen vilje. [...] *Da forbudet mod at blive tvunget til at inkriminere sig selv navnlig skal beskytte den tiltalte mod ’utilbørlig tvang’ og sikre respekt for ’tiltaltes vilje’, dvs. tiltaltes ønske om ikke at udtale sig, må det antages, at politiets og anklagemyndighedens samarbejde med den tiltalte ikke rejser spørgsmål i forhold til forbudet mod at blive tvunget til at inkriminere sig selv.* Den tiltalte vil hverken retligt eller faktisk være tvunget til at samarbejde med politiet og anklagemyndigheden, og det beror alene på den tiltaltes eget valg, om den tiltalte ønsker at samarbejde [...]. *At den tiltalte – i håb om en mildere strafferetlig bedømmelse – kan føle tilskyndelse til at samarbejde, kan ikke karakteriseres som ’utilbørlig tvang’ i strid med forbudet mod at blive tvunget til at inkriminere sig selv.*” (min uth.)

Synspunktet er altså at den tilskyndelse siktede eventuelt måtte føle i retning av å samarbeide, ikke innebærer et slikt *tvangselement* som selvinkrimineringsforbudet rammer. Standpunktet er for så vidt i samsvar med Jebens syn om at *de former for tvang* som forbudet rammer, neppe er forskjellig i EMK og SP.³⁴

Jeg legger etter dette til grunn at ordninger med plea bargaining og løfter om lempeligere behandling for å motivere siktede til å tilstå, ikke generelt krenker selvinkrimineringsforbudet eller retten til rettfærdig rettergang. Uansett tilfører neppe menneskerettighetene noen ytterligere begrensninger i forhold til det som allerede følger av annen norsk rett, jf. særlig løfteforbudet i straffeprosessloven § 92(2). Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 4.

³⁴ Jebens s. 411

2.6 Prosessøkonomi og effektiv kriminalitetsbekjempelse

Det klart viktigste hensynet som taler for en viss adgang for påtalemyndigheten til å drive forhandlinger og inngå avtaler med siktede, er hensynet til prosessøkonomi og effektivitet i strafferettspleien.

Tilståelser og annet samarbeid fra kriminelle kan for det første være av helt avgjørende betydning for å i det hele tatt *oppklare alvorlig kriminalitet*, for eksempel avsløring av omfattende narkotikanettverk eller ulovlig kartellvirksomhet. Prosessen i kjølvannet av ranet av Norsk kontantservice AS (NOKAS), illustrerer godt hvordan tilståelser og annet samarbeid kan arte seg. De tiltalte vilje til å forklare seg om de andre involverte, ble blant annet avgjørende for oppklaringen av hvem som skjøt og drepte politiførstebetjent Klungland.

For det andre vil flere tilståelser gjennomgående ha en betydelig prosessøkonomisk gevinst ved at flere straffesaker kan behandles i form av *tilståelsesdom* etter reglene i straffeprosessloven § 248, eller i alle fall med *begrenset bevisførsel*.

Det er rimelig klart at løfter om lempeligere behandling vil kunne motivere siktede til samarbeid. Etter gjeldende rett er det som jeg allerede har vært inne på, og som jeg skal komme tilbake til, en viss adgang til å vektlegge siktedes tilståelse og samarbeid. At påtalemyndigheten ikke bare gir nøktern informasjon til siktede om den rettslige betydning det etter gjeldende rett normalt vil ha at vedkommende tilstår eller samarbeider med politiet, men også gir konkrete tilsagn, vil kunne avklare usikkerhet hos siktede, og motivere ytterligere til samarbeid. Dette vil formentlig gjøre reglene mer effektive.

2.7 Andre viktige hensyn

Hensynet til fornærmede kan være et argument mot at påtalemyndigheten bør kunne forhandle med siktede. Synspunktet er at det offentlige forfølgingsprinsipp som gjelder i norsk rett forutsetter at det tas tilbørlig hensyn til fornærmede under

straffesaksbehandlingen. Som den danske jurist John Petter Andersen fremhever ville det være betenkelig om påtalemyndigheten "... av procestaktiske grunde ... bortsælger den retshåndhævelse, som staten er sat til at vogte på vegne av den forurettede part." ³⁵

Løfte om lempeligere behandling som vederlag for *opplysninger om straffbare forhold begått av andre*, reiser noen særlige motforestillinger. Det viktigste motargumentet i denne sammenheng er at faren for uriktige forklaringer er betydelig. Dette kan innebære en fare for rettssikkerheten til dem som forklaringene retter seg mot. I tillegg kan påtalemyndigheten risiker å premiere opplysninger som er uriktige. ³⁶ Man kan også komme i den situasjon at informanten går ifra sin politiforklaring når tiden kommer for å vitne i retten, kanskje på et tidspunkt hvor påtalemyndigheten allerede har erlagt sin motytelse. Videre kan nevnes at siktede ved å forklare seg om andre, kan risikere represalier fra det kriminelle miljøet. Det kan anføres å være prinsipielt betenkelig at myndighetene skal oppfordre til angiveri som øker risikoen for at den siktede blir utsatt for represalier. ³⁷

Det er imidlertid viktig å ta med at mange av de innvendinger og argumenter som er nevnt i dette kapitlet mot å anerkjenne plea bargaining instituttet, forutsetter at påtalemyndigheten vil forvalte en eventuell avtalekompetanse illojalt i forhold til rettsordenen og som pressmiddel overfor siktede mv. Mot et slikt pessimistisk syn kan det innvendes at det er et generelt trekk ved all offentlig myndighetsutøvelse at den kan misbrukes, og at plea bargaining ikke står i noen særstilling i så måte. ³⁸ Dersom man godtar forhandlinger i en viss utstrekning vil det selvsagt være under forutsetning av at ordningen forvaltes innefor akseptable rammer av saklighet og objektivitet.

³⁵ Andersen s. 169

³⁶ Arbeidsgruppe I s. 90

³⁷ Ot.prp.nr.81 (1999-2000) pkt. 6.2.2.3

³⁸ Sandefur s. 28

3 KAN PÅTALEMYNDIGHETENS RÅDIGHET OVER STRAFFESAKEN BENYTTES SOM FORHANDLINGSRESSURS?

3.1 Problemstillingen

Spørsmålet i denne delen av oppgaven er om den rådighet påtalemyndigheten har over straffesaken kan benyttes til å forhandle med siktede. Problemstillingen behandles i det følgende som et spørsmål om påtalemyndighetens materielle kompetanse og kravet om forsvarlig skjønnsutøvelse tillater en lempeligere behandling av siktede begrunnet i dennes tilståelse/samarbeid.

3.2 Generelt om påtalemyndighetens materielle kompetanse og kravet om forsvarlig skjønnsutøvelse

3.2.1 Kompetansegrunnsetningen

I relasjon til spørsmålet om hvilke materielle skranker som gjelder for påtalemyndighetens virksomhet, er det naturlig å ta utgangspunkt i *kompetansegrunnsetningen*, som innebærer at rettslige normeringer krever hjemmel i et kompetansegrunnlag som rettsordenen anerkjenner.³⁹ Påtalemyndigheten må ha tilstrekkelig hjemmel for de beslutninger som treffes.

3.2.2 Lovbundet eller diskresjonær kompetanse

Hvorvidt påtalemyndigheten har den nødvendige hjemmel beror på en fortolkning av de relevante hjemmelsgrunnlag. En slik fortolkning kan vise at påtalemyndighetens kompetanse er *lovbundet*. I så fall gir loven uttømmende anvisning på under hvilke

³⁹ Aulstad s. 94

forutsetninger en viss beslutning skal fattes. Hjemmelsgrunnlaget kan imidlertid (riktig tolket) vise at avgjørelsen helt eller delvis beror på påtalemyndighetens *diskresjonære skjønn*. Påtalemyndigheten er i disse tilfellene gitt en *fullmakt* til selv å foreta vurderinger av hvorledes enkelte spørsmål skal avgjøres.⁴⁰

Det er på det rene at en stor del av påtalemyndighetens skjønnsutøvelse består i å utøve slikt *diskresjonært forvaltningsskjønn*.⁴¹ Dette er gjennomgående tilfellet for de avgjørelsesmuligheter det kan være aktuelt å benytte i en forhandlingssituasjon med siktede. Forutsatt at avgjørelsen helt eller delvis er underlagt slikt forvaltningskjønn, oppstår spørsmålet om hvor langt fullmakten rekker, eller med andre ord i hvilken utstrekning det gjelder lovfestede og ulovfestede skranker for det diskresjonære skjønn. Og særlig om det vil være i strid med de direktiver som ligger i bestemmelsene å la siktedes tilståelse/samarbeid influere på avgjørelsen.

3.2.3 Rettslige rammer for påtalemyndighetens skjønnsutøvelse

I juridisk teori synes det å være enighet om at det langt på vei må gjelde tilsvarende begrensninger for påtalemyndighetens utøvelse av det frie skjønn, som i forvaltningen ellers. De begrensninger som særlig fremheves er reglene om påtalemyndighetens *objektivitetsplikt*, og plikten til ikke å ta *utenforliggende hensyn* eller å treffe avgjørelser i strid med *likhetsprinsippet*.⁴² I det følgende ser jeg nærmere på disse tre begrensningene hver for seg.

3.2.4 Objektivitetsplikten

Professor Jo Hov avviser at påtalemyndigheten har adgang til å drive plea bargaining først og fremst under synsvinkelen at det vil stride mot objektivitetsplikten:

⁴⁰ Graver s. 117

⁴¹ Hov II (2007) s. 191

⁴² Hov II (2007) s. 191, Andenæs I s. 307, Bjerke/Keiserud I s. 319, Matningsdal/Bratholm s. 613, Bratholm s. 413 og s. 425

”I forbindelse med påtalemyndighetens objektivitetsplikt kan det reises spørsmål ved om påtalemyndigheten har adgang til å drive ’kjøpslåing’ eller ’hestehandel’ med de avgjørelser som skal treffes i en straffesak. [...] Etter min oppfatning bør en ikke anse påtalemyndigheten for å ha kompetanse til dette. Den objektivitetsplikt som antas å påhvile påtalemyndighetens tjenestemenn, må innebære at de ikke bare har en plikt til å arbeide for at straffbare forhold blir møtt med en eller annen reaksjon, men at denne reaksjonen også må være *riktig*.”⁴³

Resonnementet er altså at objektivitetsprinsippet er til hinder for at det drives plea bargaining, fordi slike forhandlinger vil føre til at påtalemyndigheten tildeler materielt sett uriktige reaksjoner. Et naturlig spørsmål i denne sammenheng er imidlertid - *hva er riktig reaksjon?* Et stykke på vei er dette klart. Jeg er for eksempel enig med Hov i at det ville være i strid med både hensynet til materiell sannhet og objektivitetsplikten, om påtalemyndigheten gikk med på å subsumere det straffbare forhold under en mildere straffebestemmelse som motytelse for samarbeid. Påtalemyndigheten må ha en plikt til å anvende det den etter beste skjønn mener er riktig jus.

Men i andre tilfeller er det ikke løsningen like klar. I den grad man ser siktedes samarbeid som et saklig og relevant hensyn ved den påtalemessige avgjørelsen, vil det ikke nødvendigvis være i strid med objektivitetsprinsippet å behandle en siktet som samarbeider mer lempelig enn en som ikke yter slikt samarbeid. I disse tilfeller tilfører ikke objektivitetsplikten noen ytterligere begrensning enn det som allerede følger av en fortolkning av kompetansegrunnlaget. Man kan si at kravet til objektivitet konsumeres av saklighetskravet, jf. om saklighetskravet nedenfor, pkt. 3.2.6.

3.2.5 Likebehandlingsprinsippet

Likhetsprinsippet innebærer kort og noe upresist at *like tilfeller skal behandles likt*. Det er imidlertid ”selvsagt adgang til å gjøre forskjell når dette fremtrer som saklig ut fra lovens formål m.v.”⁴⁴ Likhetsprinsippet innebærer derfor ikke noe generelt forbud mot å tillempe

⁴³ Hov II s. 166 flg.

⁴⁴ Eckhoff/Smith s. 365

avgjørelsene begrunnet i siktedes samarbeid/tilståelse, bare at en slik praksis eventuelt må forvaltes etter de samme retningslinjer i hele påtaleforvaltningen.

Når man i norsk rett har sett likhetsprinsippet som en begrensning for å drive straffeprosessuelle forhandlinger, har det vært begrunnet med at et slikt system åpner for en favorisering av ressurssterke personer, ved at siktedes mer eller mindre gode ”forhandlingskort” og evne til å nyttiggjøre seg disse, kan få utslagsgivende betydning for straffesaksbehandlingen. Dessuten har det vært pekt på at aktors forhandlingsvilje kan variere fra politidistrikt til politidistrikt, avhengig av ressurssituasjon og ulikt syn på kriminalpolitiske prioriteringsspørsmål.⁴⁵ Man ser det altså slik at plea bargaining er vanskelig å forvalte under tilbørlig hensyn til likebehandling, og at denne typen ordninger dermed øker faren for usaklig forskjellsbehandling.

Jeg er for så vidt enig at dette er viktige hensyn som man ikke kan se bort fra. Faren for at praksis vil følge ulike linjer i de forskjellige politidistriktene, vil imidlertid i en viss utstrekning kunne avhjelpes gjennom årlige prioriteringsdirektiv og rundskriv fra Riksadvokaten. Slike foreligger allerede i dag for spørsmål om å tildele forelegg, påtaleunntatelse, lavere straffepåstand, henleggelse osv. som vederlag for tilståelser og annen informasjon jf. Riksadvokatens rundskriv 2/2000 (*Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*) og 3/2007 (*Tilståelsesrabatt*). Adgangen til å påklage påtalevedtak etter straffeprosessloven § 59a kan også ha en korrigerende funksjon.

3.2.6 Plikten til ikke å ta utenforliggende hensyn

I tillegg til objektivitets- og likebehandlingskravet, gjelder det et selvstendig krav om at det ved de påtalemessige vurderinger kun skal legges vekt på hensyn som er å anse som *saklige*. Innholdet i saklighetskravet kan ikke bestemmes gjennom deduksjon fra alminnelig likhets- og rettferdighetsforestillinger, men må fastlegges etter en fortolkning av lovens ordlyd, forarbeider, lovens formål mv.⁴⁶ Hvilke begrensninger som ligger i

⁴⁵ Kjelby s. 237

⁴⁶ Bernt, Utenforliggende hensyn s. 305, Eckhoff/Smith. s. 352

saklighetskravet må altså prinsipielt sett vurderes konkret i forhold til det enkelte kompetansegrunnlag. Noe generelt skal likevel sies her.

Enkelte juridiske forfattere deler de hensyn som kan tenkes tillagt vekt ved forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i tre grupper: *Hovedhensyn, sidehensyn og ikke-hensyn*.⁴⁷

Hovedhensynene er de som det følger av kompetansegrunnlaget, lovens formål mv. at er *obligatoriske* ved skjønnsutøvelsen. Sidehensyn er slike som ikke står i strid med lovens formål eller generelle likhets- og rettferdighetskrav, og som det derfor er en *fakultativ* adgang til å ta i betraktning. Disse kan imidlertid ikke alene begrunne vedtaket. Ikke-hensynene er de egentlige utenforliggende hensyn, som det er *forbudt* å legge vekt på.⁴⁸

Systematikken løser selvsagt ikke spørsmålet om siktedes samarbeid kan være et saklig hensyn ved påtalemyndighetens skjønnsutøvelse i det enkelte tilfellet, men den kan bidra til å nyansere bildet, og gjøre det klarere at selv om siktedes samarbeid kanskje ikke kan være det sentrale og bærende premiss for avgjørelsen, kan det ikke uten videre utelukkes at slikt samarbeid kan være relevant som sidehensyn, og bli utslagsgivende dersom også visse hovedhensyn trekker i samme retning.

Oppgaven i det følgende blir å anvende den systematikk og de synspunkter jeg nå har skissert under pkt. 3.2., konkret i forhold til de enkelte kompetansegrunnlagene.

⁴⁷ Bernt, Utenforliggende hensyn s. 270 flg., Myhrer, Etterforskningsbegrepet s. 16, Eckhoff/Smith. s. 352 flg. og Frihagen I s. 197-198

⁴⁸ Bernt, Utenforliggende hensyn s. 306, Myhrer, Etterforskningsbegrepet s. 16

3.3 Henleggelse av straffbare forhold som vederlag for tilståelse eller annet samarbeid

Spørsmålet i dette kapitlet er om påtalemyndigheten kan *henlegge straffbare forhold som motytelse for siktedes samarbeid*. Med straffbare forhold menes forhold hvor det foreligger faktisk og rettslig grunnlag for strafforfølgelse. Slik jeg ser det kan problemstillingen besvares best ved å gå veien om spørsmålet om og i hvilken grad påtalemyndigheten generelt kan innstille en påbegynt strafforfølgning, når vilkårene for påtale er tilstede.

Etter straffeprosessloven kan straffesaker henlegges fordi *forholdet ikke er straffbart*, på grunn av *bevisets stilling* og fordi *prosessuelle vilkår* for straff ikke er tilstede, jf. §§ 64(1), 73(1), 74(1), og 72(2) sammenholdt med § 74(5). Det er klart at ingen av disse bestemmelsene gir hjemmel for å henlegge en straffesak når straffansvar er på det rene og vilkårene for straffeforfølgelse for øvrig er til stede.

For at henleggelse skal kunne skje når det foreligger faktisk og rettslig grunnlag for straffeforfølgning må det altså eksistere et kompetansegrunnlag utenfor loven. Det er alminnelig antatt at henleggelseskompetansen ikke er uttømmende regulert i straffeprosessloven, men det er mer tvilsomt om det eksisterer noe ulovfestet kompetansegrunnlag som gir hjemmel til å henlegge straffbare forhold når saken er ferdig etterforsket og oppklart.⁴⁹

Som fremhevet av Andenæs synes lovens system å bygge på en forutsetning om at hvis straffansvar er på det rene, skal en unnlattelse av forfølgning skje ved påtaleunnlattelse etter straffeprosessloven §§ 69-70, ikke ved henleggelse.⁵⁰

En slik forutsetning kan også utledes av straffeloven § 77, som bestemmer at: ”Strafbare Handlinger er offentlig Påtale undergivet, med mindre noget modsat er bestemt.” Den

⁴⁹ Matningsdal/Bratholm s. 612, Hov II (2007) s 101 flg.

⁵⁰ Andenæs I s. 306

vanligste fortolkningen av denne bestemmelsen er at den innebærer en plikt for påtalemyndigheten til å reise straffesak der straffbarhetsvilkårene er oppfylt, hvis det ikke foreligger en særlig hjemmel i lov for å avslutte saken på annen måte.⁵¹

Denne forståelsen av straffeloven § 77 ble også lagt til grunn i forbindelse med vedtakelsen av ny straffeprosesslov § 62a, jf. første ledd som har fått følgende ordlyd: ”Den offentlige påtalemyndighet *skal* påtale straffbare handlinger når ikke annet er bestemt ved lov.” (min uth.). Formuleringen ”*skal*” trekker klart i retning av at påtalemyndigheten etter denne bestemmelsen vil ha en *plikt* til å påtale straffbare handlinger, med mindre det finnes særskilt hjemmel i lov for å avslutte saken på annen måte. Det er forutsatt i forarbeidene til straffeloven 2005 at innføringen av § 62a ikke vil innebære noen realitetsendring i forhold til gjeldende rett.⁵²

På tross av det refererte er Hov av den oppfatning at verken straffeloven § 77 eller den enda ikke ikrafttrådte bestemmelsen i straffeprosessloven § 62a bør tolkes på den måten det her er redegjort for. Han påpeker at en stor mengde ferdig etterforskede og oppklarte saker i praksis blir henlagt på grunn av manglende saksbehandlingskapasitet. Det forekommer også at straffbare forhold blir henlagt av rene hensiktsmessighetsgrunner, for eksempel fordi en strafferettslig reaksjon (også en påtaleunntatelse) ville ramme urimelig hardt eller for å bevare/skape ro og fred rundt saken. Han konkluderer generelt med at gode grunner taler for at påtalemyndigheten har ”en viss skjønsmessig adgang til å henlegge en sak, selv om forutsetningene for en strafferettslig forfølgning ellers skulle være til stede.”⁵³

Selv om vi legger Hov sitt synspunkt til grunn er det imidlertid klart ut fra gjennomgangen ovenfor at en eventuell ulovfestet henleggelsesadgang i tilfeller hvor vilkårene for straffeforfølgning er til stede må være svært snever. Det må antas at henleggelse i disse tilfellene bare kan skje når dette anses påkrevd ut fra en nødvendig prioritering av

⁵¹ NOU 1992:23 s. 237, Eskeland s. 160 og Andenæs, Alminnelig strafferett s. 534

⁵² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 486

⁵³ Hov, Påtalemyndigheten s. 26 jf. Hov II (2007) s. 102 flg.

ressurser, eller helt spesielle hensiktsmessighetsgrunner gjør seg gjeldende. En slik snever ulovfestet henleggelsesadgang kan ikke gi rom for å henlegge straffbare forhold som ledd i en avtale med siktede.

Dette standpunkt har også støtte i følgende uttalelse fra Stortingets justiskomité, jf. Innst.O.nr.3 (1999-2000) pkt. 15:

”Komiteen viser til at vi ikke har noe system med « plea bargaining » i Norge. Det finnes imidlertid eksempler på kontakt mellom påtalemyndigheten og forsvarere som kan ha hatt betydning for straffepåstand.” Det uttales samme sted at ”Komiteen legger til grunn at *henleggelse av straffbare forhold som vederlag for informasjon, ikke skal finne sted.*” (min uth.)

Uttalelsen er tatt til følge i Riksadvokatens rundskriv 3/2007 pkt. 2: ”Straffbare forhold skal ikke henlegges ... som vederlag for informasjon. [...] Prinsippene gjelder ... også ved vurderingen av vederlag for tilståelse av eget forhold.”

Konklusjonen må bli at påtalemyndigheten ikke har adgang til å henlegge straffesaker hvor betingelsene straff er tilstede, som motytelse for samarbeid fra siktede.

3.4 Forhandlingsposisjon i kraft av opportunitetsprinsippet

Spørsmålet i det følgende er om påtalemyndigheten kan unnlate å forfølge straffbare forhold under henvisning til opportunitetsprinsippet, helt eller delvis begrunnet i at siktede har avgitt tilståelse eller ytet annet samarbeid. Den rettslige problemstillingen er om hensynet til hva siktede kan bidra med i form av tilståelse eller informasjon i forhold til andre saker, er relevant å ta i betraktning ved den skjønnsmessige adgangen påtalemyndigheten har til å unnlate forfølgning i kraft av opportunitetsprinsippet.⁵⁴ Eventuelt også hvilken vekt slikt samarbeid kan tillegges i forhold til andre hensyn.

I samsvar med gjennomgangen av opportunitetsprinsippets rekkevidde i kapittel 2.2, gjenstår det å se nærmere på denne problemstillingen i relasjon til fire regelsett. Disse er bestemmelsene om påtaleunntatelse etter straffeprosessloven §§ 69 og 70, regelen om etterforskningsplikten jf. § 224 og den nye (men enda ikke ikrafttrådte) bestemmelsen om betinget offentlig påtale i § 62a(2). Som nevnt må spørsmålet om hva som er saklige hensyn ved skjønnsutøvelsen prinsipielt vurderes konkret i relasjon til det enkelte kompetansegrunnlag.

Straffeprosessloven § 70(1) om påtaleunntatelse av prosessøkonomiske grunner åpner for å unnlate påtale i sammenstøtstilfeller "... når ingen eller bare en utbetydelig straff vil komme til anvendelse." Det må være klart at siktede vil ha begrenset interesse i å forhandle bort straffbare forhold som faller i denne kategorien, og bestemmelsen er av den grunn av liten interesse i en forhandlingssituasjon. Denne vil derfor ikke bli omtalt nærmere.

Når det gjelder de tre øvrige regelsettene, er det grunn til først å påpeke at de alle er svært skjønnsmessig formulert jf. "*allmenne hensyn*" (§ 62a(2)), "*rimelig grunn til å undersøke*" (§ 224) og "*særlige forhold*" (§ 69). De vide skjønnsmessige uttrykkene legger grunnlag for at en lang rekke av hensyn kan og skal tas i betraktning ved skjønnsutøvelsen.

⁵⁴ Kjelby s. 245

I § 62a(2) er de mest sentrale hovedhensynene ved vurderingen av om *allmenne hensyn* foreligger oppramset i loven, jf. annet punktum:

”Ved vurderingen av om allmenne hensyn foreligger, legges det *blant annet* vekt på overtredelsens grovhet, hensynet til den alminnelig lovlydighet og om den fornærmede, en annen som har lidt skade ved overtredelsen, eller vedkommende berørte myndighet ønsker påtale.”(min uth.)

Begrunnelsen for regelen om at strafforfølgning i visse tilfeller forutsetter at allmenne hensyn krever påtale, er at de straffebud dette gjelder etter sin ordlyd rammer handlinger hvor normaltilfellene ofte ikke betinger straff av *straffverdighetshensyn* eller *allmennpreventive hensyn*. Vurderingstemaet knytter seg således til hvorvidt handlingen og omstendigheten rundt denne gjør at overveiende grunner taler for å møte handlingen med en straffereaksjon. Selv om formulering ”*blant annet*” gjør det klart at lovens oppramsing av skjønnsmomenter ikke er uttømmende, mener jeg at siktedes samarbeidsvilje skiller seg så mye fra de hensyn loven synes å ta sikte på, at det ikke kan være saklig å tillegge dette betydning ved den påtalemessige skjønnsutøvelsen etter denne bestemmelsen.

På spørsmålet om *etterforskning kan unnlates* for et eller flere forhold begrunnet i siktedes tilståelse/samarbeid, må løsningen bli den samme. Når påtalemyndigheten innrømmes en viss skjønnsmessig adgang til å unnlate etterforskning er dette først og fremst begrunnet med at en slik kompetanse er helt nødvendig. Av kapasitetsgrunner er det ikke mulig å etterforske alle potensielt straffbare forhold, og det er nødvendig å prioritere. Slik jeg ser det, faller hensynet til hva siktede kan bidra med i form av tilståelse eller informasjon om andre saker helt på siden av de hensyn som bør være styrende for hvilke forhold som etterforskes eller ikke, og må anses som utenforliggende hensyn også i denne sammenheng.

I praksis tror jeg spørsmålet om påtalemyndigheten har en viss forhandlingsposisjon i kraft av opportunitetsprinsippet vil være mest aktuelt å knytte opp mot adgangen til å gi *påtaleunnlatelse etter § 69*.⁵⁵ Det gjelder etter denne bestemmelsen ingen lovbundet

⁵⁵ Kjelby s. 245

begrensning med hensyn til lovovertrédelsens art og grovhet, og det påtalemessige skjønn som foreskrives er meget sammensatt. Det vil være adgang til å trekke inn i vurderingen en hel rekke momenter av både subjektiv og objektiv karakter. De mest sentrale (obligatoriske) hensyn er slike momenter som det straffbare forholdets karakter, gjerningsmannens skyld, straffverdighet, om gjerningsmannen har forgått seg tidligere, vedkommendes alder mv. Men også prosessøkonomiske hensyn og mer perifere momenter som gjerningspersonens anger og vilje til å gjøre opp for seg er relevante.⁵⁶

Etter den vide fullmakt påtalemyndigheten er gitt gjennom denne bestemmelsen, er det vanskelig å finne sikre holdepunkter for at det ikke også skulle være adgang til å legge vekt på siktedes tilståelse eller informasjon i forhold til andre saker. Særlig kan hensynet til *effektivitet og prosessøkonomi* tale for en viss adgang til dette. Hvis siktedes samarbeid også kan sies å bygge på en *vilje til å gjøre opp for seg og ta ansvar for sine handlinger*, eventuelt at vedkommende vil *bryte med det kriminelle miljø*, antar jeg at dette kan tillegges vekt. Jeg holder på denne bakgrunn muligheten åpen for at siktedes samarbeid i alle fall kan være et lovlig *sidehensyn* ved skjønnsutøvelsen etter de nevnte bestemmelser, men noe obligatorisk og sentralt hovedhensyn kan det aldri bli tale om.

Det er likevel grunn til å presisere at for at skjønnsutøvelsen skal være forsvarlig, gjelder det ikke bare et krav om at skjønnnet skal være basert på i og for seg relevante momenter. Det må foretas en *helhetsvurdering*, hvor de obligatoriske/påbudte momentene må inngå. Professor Jan Fridthjof Bernt skriver om dette:

”Det kan ... ikke være tvilsomt at det er et rettslig krav til et forvaltningsvedtak at de hensyn loven tillegger forvaltningsorganet å ivareta, inngår i skjønnsutøvingen, slik at denne kan sies å være basert på et adekvat sett premisser. [...] Sondringen mellom lovlige hovedhensyn og lovlige sidehensyn ... impliserer at det også må stilles visse krav til den *vekt* et obligatorisk hensyn blir tillagt ved skjønnsutøvingen”⁵⁷

⁵⁶ Røstad s. 110-111

⁵⁷ Bernt, Utenforliggende hensyn s. 270-271

Et forsvarlig skjønn forutsetter altså at de lovlige hovedhensyn – her særlig det straffbare forholdets karakter, straffverdighet, skyld, prevensjonshensyn mv. – inngår i skjønnsutøvelsen og tillegges større vekt enn de mer perifere sidehensyn. Selv om man måtte komme til at det kan være relevant å legge vekt på siktedes samarbeid etter § 69, ligger det altså en betydelig begrensning i at slikt samarbeid bare kan ha mer perifer betydning ved skjønnsutøvelsen, enn de hovedhensyn det er redegjort for ovenfor. Som følge av dette vil det gjennomgående bare være for de mer bagatellmessige forhold, at forfølgning kan unnlates som motytelse for siktedes samarbeid.

Dette standpunkt synes å være i samsvar med Riksadvokatens syn på adgangen til å gi påtaleunnlatelse som vederlag for informasjon/tilståelse, jf. rundskriv 3/2007 jf. 2/2000:

”Er kildens eget straffbare forhold mindre alvorlig, kan det også være aktuelt med et bøteforelegg istedenfor tiltale. *Bagatellmessige forhold kan med den samme begrunnelse avgjøres med påtaleunnlatelse.* Disse direktiver står fortsatt ved lag. Rundskrivet fra 2000 tar primært sikte på situasjonen der politiet får opplysninger om andres kriminalitet. Prinsippene gjelder imidlertid også ved vurderingen av vederlag for tilståelse av eget forhold.” (min uth.)

Samlet sett gjør de synspunkter det er redegjort for i dette kapittelet at opportunitetsadgangen generelt er av begrenset interesse i en forhandlingssituasjon.

3.5 Foreleggskompetansen som forhandlingsressurs

Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad påtalemyndigheten kan benytte foreleggskompetansen som ressurs ved forhandlinger med siktede. Spørsmålet reiser to problemstillinger. Den ene er en del av det generelle spørsmålet om i hvilke tilfeller påtalemyndigheten har kompetanse til å gjøre opp et straffansvar ved forelegg, herunder om siktedes samarbeidsvilje er et relevant moment ved den påtalemessige vurderingen av om det skal reageres med forelegg i stedet for å reise tiltale.⁵⁸ Det andre spørsmålet er om påtalemyndigheten kan tilby å gjøre bøteforelegget mer begrenset enn en eventuell alternativ tiltale, for å ”motivere” siktede til å vedta forelegget.

Selv om et bøteforelegg bare er straff ilagt i en annen form enn dom, kan siktede ha en betydelig interesse allerede i det å få saken avgjort på denne måten, i stedet for ved en omfattende domstolsbehandling. Dels kan dette være interessant for å få saken raskt ut av verden, men ofte viktigere er at det ikke er knyttet offentlighet til illeggelse av forelegg. Kanskje særlig for selskaper kan det være av helt vesentlig betydning å unngå å få sitt gode navn og rykte svertet av en offentlig straffesak. Dersom forelegget i tillegg gjøres mindre omfattende enn en alternativ tiltale, vil det temmelig sikkert kunne motivere til samarbeid.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke krav som må stilles til *den påtalemessige vurderingen av om foreleggsformen skal benyttes*, er det naturlig å ta utgangspunkt i straffeprosessloven § 255, som bestemmer at: ”Finner påtalemyndigheten at en sak bør avgjøres med bot eller inndragning, eller begge deler, kan den utferdige forelegg i stedet for å reise tiltale.”

Selv om det ikke sies uttrykkelig kan påtalemyndigheten bare reagere med forelegg der den mener det foreligger straffansvar, og der ”vedkommende straffebud gir adgang til å avgjøre forholdet ved en bot.”⁵⁹ Utover dette følger det av ordlyden at det er opp til påtalemyndighetens konkrete vurdering og skjønn om foreleggsformen skal benyttes i det

⁵⁸ Kjelby s. 249

⁵⁹ Bjerke/Keiserud II s. 928.

enkelte tilfellet.⁶⁰ Spørsmålet blir igjen hvilke kriterier som kan og skal tillegges vekt ved avgjørelsen av dette spørsmålet.

Forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at det er det *straffbare forholdets karakter* som er det sentrale når påtalemyndigheten skal vurdere om sakene bør avgjøres ved forelegg.⁶¹ Påtaleinstruksutvalget fremhever at omstendighetene ved saken må være av en slik karakter at ”forelegg må anses som et egnet reaksjonsmiddel, under hensyn til handlingens art, alvor, straffeskyld m.v.”⁶² Dette må kunne anses som *hovedhensyn* ved avgjørelsen.

Et helt sentralt spørsmål for påtalemyndigheten ved vurderingen av om foreleggsformen skal benyttes, er imidlertid om bot vil være *riktig reaksjon* for det aktuelle straffbare forhold. Det gir god sammenheng om påtalemyndigheten ved avgjørelsen av dette spørsmålet legger vekt på de samme momenter som domstolene vektlegger ved straffeutmålingen. I den grad samarbeidselementet er av en slik betydning at det må antas at domstolene ville reagert med bot, bør dette kunne tillegges vekt som et argument for å velge foreleggsformen. Det er imidlertid også i denne sammenheng klart at det ligger en vesentlig begrensning i at samarbeidselementet bare vil være et mer perifert moment, enn de hovedhensyn som er fremhevet ovenfor.

Den andre problemstillingen er *om påtalemyndigheten kan tilby å gjøre et eventuelt forelegg mer begrenset enn en alternativ tiltale* for å motivere siktede til vedtakelse.

Spørsmålet ble berørt av Høyesterett i Rt-1995-1922 (Bølgepapp II). Saksforholdet var her at Økokrim i samtaler med de siktedes forsvarere hadde tilbudt å utferdige forelegg begrenset til bøtestraff for de involverte selskapene, på den betingelse at samtlige selskaper vedtok sine respektive forelegg. Det ble opplyst at det ville bli tatt ut en mer omfattende

⁶⁰ jf. også Bjerke/Keiserud I s. 285

⁶¹ Innst. (1969) s. 284

⁶² NOU 1984:27 s. 154

tiltale mot selskapene dersom foreleggene ikke ble vedtatt, og at det dessuten ville bli tatt ut tiltale mot selskapenes administrerende direktører. Foreleggene ble ikke vedtatt, og det ble reist straffesak. Forsvarerne gjorde gjeldende at tiltalebeslutningen var ugyldig som forvaltningsvedtak på grunn av saksbehandlingsfeil. Anførlene ble imidlertid avvist av Høyesterett med den begrunnelse at det ikke var noe ved tiltalens innhold som kunne henføres til de påberopte forhold.

Førstvoterende uttaler likevel (obiter dictum) at de problemer som ble reist i forsvarernes anførsel, ”ville ha knyttet seg til foreleggene” dersom disse var blitt vedtatt av selskapene, og at i forbindelse med forelegg kan et slikt utspill som Økokrim gjorde ”etter omstendighetene ha betenkelige sider”. På den annen side ble det også påpekt at det er ”nødvendig at påtalemyndigheten kan gi informasjon om de alternativer til vedtakelse av forelegg som er aktuelle”. Avslutningsvis uttaler dommer Aarbakke:

”Når det spesielt gjelder det forhold at *et forelegg gjøres mer begrenset enn en eventuell tiltale*, peker jeg på at *prosessøkonomiske hensyn* taler for at straffesaker som den foreliggende må kunne *søkes avgjort* ved forelegg slik at sakene kan bli behandlet med rimelig bruk av tid og ressurser.”
(min uth.)

Visse sider av spørsmålet om adgangen til å gjøre et forelegg mer begrenset enn en alternativ tiltale har vært berørt tidligere i denne avhandlingen. Dersom påtalemyndigheten for eksempel ikke lar forelegget omfatte alle de straffbare forhold som menes å være begått, begrenser personkretsen eller anvender en lempeligere subsumpsjon, vil dette kunne støte an mot de tidligere nevnte rammer for påtalemyndighetens skjønnsutøvelse og materielle kompetanse.

Når det konkret gjelder saksforholdet i Bølgepapp II, kan i denne sammenheng nevnes at utspillet fra Økokrim innebar at dersom foreleggene ble vedtatt, ville straffeforfølgningen mot selskapenes administrerende direktører bli innstilt. Økokrim må på tidspunktet for samtalene med forsvarerne ha ment at det var bevismessig grunnlag for personlig strafforfølgelse. I samsvar med det som er sagt ovenfor om adgangen til å henlegge

straffbare forhold som ledd i forhandlinger, må det nok antas at Økokrim manglet henleggelseskompetanse i dette tilfellet.⁶³

Det som gjenstår å se nærmere på, er spørsmålet *om selve reaksjonen kan gjøres lempeligere* begrunnet i at forelegget vedtas. Hensynet til en betryggende prosess kan tale for å tolke foreleggskompetansen slik at påtalemyndigheten ikke bør ha adgang til å gi noen slik ”strafferabatt”. Foreleggsordningen innebærer et unntak fra prinsippet i grunnlovens § 96 om at ingen skal straffes uten dom.⁶⁴ At det således dreier seg om et unntak fra en sentral rettssikkerhetsgaranti, taler for at påtalemyndigheten bør utvise varsomhet med å forvalte ordningen på en slik måte at den kan fungere som et pressmiddel overfor siktede, noe den må antas å kunne gjøre dersom siktede risikerer en strengere straffereaksjon hvis forelegget ikke vedtas.

Riksadvokaten legger imidlertid til grunn at det er adgang til lempeligere behandling under forutsetning av at siktede vedtar forelegget, begrunnet i at det i vedtakelsen ligger en skylderkjennelse som gir grunnlag for ”strafferabatt” i samsvar med prinsippet i straffeloven § 59(2) jf. rundskriv 3/2007, hvor det blant annet heter:

”Det er viktig at siktede når forelegget sendes ut blir informert om at boten i forelegget bygger på erkjennelse og inneholder en rabatt på det grunnlag at saken kan avgjøres utenrettslig, og at i motsatt fall vil bøtepåstanden for retten være høyere enn boten i forelegget, i tillegg til at det normalt vil bli krevd saksomkostninger. I denne informasjonen kan man konkret angi hva påstanden for retten eventuelt vil bli.”

Riksadvokaten finner støtte for sitt standpunkt i Rt-2005-641 hvor førstvoterende må sies å forutsette at det er en slik adgang til å gi strafferabatt:

⁶³ jf. også Kjelby s. 249

⁶⁴ Andenæs I s. 319

”... vedtakelse av forelegg for overtredelse av vegtrafikkloven og forskrift etter denne er den vanlige måte å fastsette tap av førerett på. Erkjennelse av straffeskyld ligger til grunn for slike forelegg, slik at *tilståelsen er tatt hensyn til når forelegget utferdiges.*” (min uth.)

Jeg antar etter dette at konklusjonen må bli at det er en adgang til å gi en slik strafferabatt etter mønster av straffeloven § 59(2) i de tilfeller siktede vedtar forelegget. En annen sak er at en slik adgang kan benyttes på en slik måte at det øves et press på tiltalte som er betenkelig, dette kommer jeg tilbake til nedenfor, jf. kapittel 4.

3.6 Avtaler om subsumpsjon og straffepåstand

Spørsmålet om subsumpsjon og straffepåstand kan gjøres lempeligere begrunnet i siktedes samarbeid har allerede vært berørt flere steder tidligere i denne oppgaven. For helhetens skyld repeteres likevel følgende:

Når det gjelder *subsumpsjonen* av det straffbare forhold, for eksempel i forbindelse med utforming av tiltalebeslutning, er det etter min mening klart at det ikke er adgang til en lempeligere behandling som motytelse for samarbeid.⁶⁵ Som jeg har vært inne på tidligere slår objektivitetsprinsippet og den materielle sannhets prinsipp her til med full styrke. Påtalemyndigheten må ha en plikt til å anvende det den etter beste juridiske skjønn mener er materielt riktig juss.

I forhold til *straffepåstand* er det like klart at siktedes samarbeid normalt er en straffeformildende omstendighet. For tilståelsessituasjonen følger dette direkte av straffeloven § 59(2), mens retningslinjer for straffelempling begrunnet i annet samarbeid følger av sikker høyesterettspraksis, jf. ovenfor.

⁶⁵ jf. også Hov II (2007) s. 182

4 PROSESSUELLE HINDRINGER: LØFTEFORBUDET jf. STRAFFEPROSESSLOVEN § 92(2)

4.1 Generelt

Problemstillingen i dette kapittelet er hvilke begrensninger straffeprosessloven § 92(2) legger på påtalemyndighetens adgang til å gi konkrete forespeilinger og løfter vedrørende sin fremtidige myndighetsutøvelse. Straffeprosessloven § 92(2) lyder slik: "Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes."

Bestemmelsen er en saksbehandlingsregel som sier noe om hvordan avhør av mistenkte/siktede/tiltalte skal foregå. Den gjelder etter sin plassering for avhør av tiltalte i retten, men er gitt tilsvarende anvendelse for politiavhør jf. § 232(2).⁶⁶ Det er særlig aktuelt å drøfte det såkalte *løfteforbudet*, og jeg konsentrerer meg i det følgende om dette. Det sentrale rettslige spørsmål er hva som er "*løfter*" i lovens forstand.

Begrepet løfte gir språklige assosiasjoner til avtaleretten. Det er likevel slik jeg ser det ikke særlig fruktbart å henge seg for mye opp i avtalerettslig terminologi om løfte, tilbud, aksept mv. I straffeprosessen er det i stor grad andre hensyn som gjør seg gjeldende, og løftebegrepet i straffeprosessloven må tolkes i lys av dette.

For at det skal foreligge et løfte i alminnelig språklig forstand må det være gitt et tilsagn eller en forespeiling av mer bestemt og konkret innhold. Det må trekkes en grense mellom

⁶⁶ Om avhørsbegrepet, se Rt-2003-549 og Rt-2003-1814

de egentlige løfter og de mer løse forespeilinger og faktiske opplysninger. Dette er også uttrykkelig sagt i straffeprosesslovens forarbeider:

”Den vanligste formen for løfter er at siktede blir lovet løslatelse hvis han tilstår. Det kan her være vanskelig å trekke *grensen mellom et løfte og en rent faktisk opplysning* om utsiktene til løslatelse. Det kan ikke gi grunnlag for kritikk hvis en korrekt opplysning av denne art kommer som svar på et direkte spørsmål fra siktede.”⁶⁷ (min uth.)

Det må altså sondres mellom å gi en korrekt opplysning om hva som normalt og generelt vil være den rettslige konsekvensen av at siktede tilstår eller gir andre viktige opplysninger, og å gi tilsagn om hva som konkret vil bli følgen dersom siktede yter slikt samarbeid. Det må således for eksempel være fullt ut forsvarlig om politiet/påtalemyndigheten i en avhørssituasjon opplyser om strafferabattregelen, jf. straffeloven § 59(2) og eventuelt hvor stor betydning tilståelser normalt vil ha for straffeutmålingen.⁶⁸

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om denne grensen mot faktiske opplysninger er tilstrekkelig for forståelsen av løftebegrepet. Det finnes eksempler fra rettspraksis og andre rettskilder på at det i en viss utstrekning synes akseptert at påtalemyndigheten innlater seg på forhandlinger og gir tilsagn som går langt utover det som er naturlig å anse som faktiske opplysninger. Dette reiser spørsmålet om det er grunnlag for en *innskrenkende fortolkning* av løftebegrepet. Før jeg kommer inn på de nevnte eksemplene i praksis mv., vil jeg imidlertid se litt nærmere på om de sentrale hensyn § 92 bygger, kan begrunne en slik innskrenkende fortolkning.

Når det gjelder tilståelsessituasjonen kan det pekes på at straffeprosessloven § 92(2) først og fremst utgjør et *vern for siktede*. Bestemmelsen klargjør at påtalemyndigheten på ingen måte må utøve utilbørlig press eller forlede siktede til å inkriminere seg selv. Den er en forlengelse av *selvinkrimineringsforbudet*.⁶⁹ Med dette som bakgrunn har det vært hevdet

⁶⁷ Innst. (1969) s. 189 1.sp

⁶⁸ jf. også Andenæs I s. 282

⁶⁹ Kjelby s. 239

at tilsagn som gis i forbindelse med plea bargaining skiller seg fra slike løfter som § 92(2) er ment å ramme. Synspunktet er at plea bargaining ofte fører til et *gunstigere resultat for siktede*, og at i den grad siktede, alene eller sammen med sin forsvarer, har oversikt over både fordeler og ulemper ved en eventuell overenskomst, gjør ikke de hensyn som løfteforbudet bygger på seg gjeldende i noen særlig grad.⁷⁰

Jeg mener synspunktet går for langt i å avdramatisere det potensielle press som kan ligge i denne typen avtaler. Det må etter min mening være klart at løfter om lempeligere behandling kan fungere som et uheldig pressmiddel, for eksempel overfor en siktet som faktisk er helt eller delvis uskyldig, men som er redd for ikke å bli trodd.⁷¹ Det vil kunne være et tungt valg for siktede å gå for en fullstendig domstolsbehandling, med den usikkerhet knyttet til utfallet av så vel skyldspørsmål som straffespørsmål dette vil medføre. *Graden av press vil imidlertid kunne variere* avhengig av innholdet i de løfter som blir gitt og forhandlingssituasjonen forøvrig. Ikke minst vil det ha betydning for presselementet om initiativet til en avtale kommer fra påtalemyndigheten eller fra siktede selv.

Jeg mener på denne bakgrunn at man neppe på grunnlag av formålsbetraktninger kan utkvitere løfteforbudet som en ubetydelig begrensning for adgangen til å drive plea bargaining etter norsk rett. Men den relative graden av press kan være et argument for at løfteforbudet ikke er en så absolutt begrensning som ordlyden skulle tilsi. Spørsmålet i det følgende er om det finnes andre formelle eller reelle argumenter som kan begrunne en innskrenkende fortolkning av løftebegrepet. Problemstillingen drøftes særskilt for tilsagn henholdsvis om straffepåstand og påtalespørsmålet.

⁷⁰ Kjelby s. 239-240, Andersen s. 169

⁷¹ Rt-2007-616 (Mindretallet)

4.2 Tilsagn om straffepåstand

Den vanligste formen for tilsagn fra påtalemyndigheten er løfte om å nedlegge en bestemt straffepåstand. Fra nyere høyesterettspraksis finnes to avgjørelser som omhandler slike forhåndstilsagn. I Rt-2005-1453 hadde påtalemyndigheten gitt skriftlig tilsagn om at det ville bli lagt ned straffepåstand på sju år. I denne forbindelse uttaler førstvoterende:

”Det følger av straffeloven § 59 annet ledd at retten ved utmåling av straffen skal ta i betraktning en eventuell uforbeholden tilståelse fra siktedes side. Dette innebærer rimeligvis at en siktet i mange tilfeller på forhånd kan føle behov for nærmere kunnskap om de strafferettslige konsekvensene av å tilstå. [...] I praksis er det ikke uvanlig at slike spørsmål blir drøftet mellom siktede/forsvareren og påtalemyndigheten. I dette tilfelle hadde påtalemyndigheten som nevnt gitt et skriftlig tilsagn.

I den utstrekning det gis tilsagn av denne karakter, springer det i øynene at det særlig er to forhold som må gjøres klart: For det første må det klargjøres for siktede at domstolene ikke er bundet til å følge den straffepåstand som påtalemyndigheten nedlegger. Og for det annet må omfanget av de straffbare forhold som tilsagnet knytter seg til, gjøres tilstrekkelig klart.”

Det interessante ved uttalelsen for det spørsmål som drøftes her, er at Høyesterett går inn på og vurderer under hvilke forutsetninger det kan gis forhåndstilsagn om straffepåstand. At Høyesterett ikke finner grunn til engang å nevne løfteforbudet, i et tilfelle hvor påtalemyndigheten hadde gitt et konkret og skriftlig tilsagn om straffepåstand, må være et sterkt argument for at løfteforbudet har et snevrere anvendelsesområde enn ordlyden skulle tilsi.

Synspunktet får også støtte av et flertall på tre dommere i Rt-2007-616:⁷² ”Gode grunner kan etter omstendighetene tale for at påtalemyndigheten inngår denne typen avtaler for på den måten å begrense rettsforhandlingen.”

I rundskriv 3/2007 (Tilståelsesrabatt) pkt. 9.1. uttaler Riksadvokaten følgende om sitt syn på rettstilstanden etter de to nevnte avgjørelsene: ”Riksadvokaten legger etter disse

⁷² Avgjørelsen blir grundig behandlet nedenfor i pkt. 6.3.3

avgjørelsene til grunn at det ikke knytter seg betenkeligheter til at påtalemyndigheten avgir forhåndstilsagn om straffepåstand...”

Jeg konkluderer på denne bakgrunn med at løfteforbudet de lege lata ikke rammer tilsagn om straffepåstand. Resultatet må sies å bygge på en innskrenkende forståelse av løftebegrepet.

4.3 Tilsagn vedrørende avgjørelsen av påtalespørsmålet

Etter gjennomgangen under pkt. 4.2, kan det stilles spørsmål ved om det er en rettslig relevant forskjell mellom løfter om straffepåstand, og løfter om avgjørelsen av påtalespørsmålet.

Avgjørelsen inntatt i Rt-1994-1139 gir et holdepunkt i denne sammenheng. Tiltalte i saken hevdet at opplysninger han hadde gitt under avhør vedrørende befatning med narkotika, var gitt som bakgrunnsstoff til en drapssak, og mot *løfte om at opplysningene ellers ikke skulle brukes mot ham*. Obiter dictum uttales følgende om dette:

”Det vil være i strid med straffeprosessloven § 92 annet ledd dersom den som avhøres av politiet får et løfte om *at det ikke vil bli reagert strafferettslig* overfor han for forhold han forklarer seg om i avhøret.” (min uth.)

Avgjørelsen gir holdepunkt for at både en unnlatelse av å registrere det straffbare forhold (uformell henleggelse) og tilsagn om formell henleggelse vil være i strid med løfteforbudet, i alle fall når det på bakgrunn av siktedes egen forklaring eller på annet grunnlag er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold.

Høyesteretts standpunkt er i samsvar med påtaleinstruksen § 8-2(4), som fremhever særlig at det ikke må gis løfter knyttet til påtalespørsmålet: ”Under avhøret må det ikke forespeiles mistenkte *at siktelsens omfang kan påregnes redusert* dersom han tilstår eller

gir andre viktige opplysninger.” (min uth.). Det følger av påtaleinstruksutvalgets utredning at bestemmelsen er ment å ramme alle former for løfter om å tilskjære siktelsen:

”I praksis vil det også kunne bli spørsmål om politiet/påtalemyndigheten skal ha adgang til å love en mildere behandling, for eksempel i form av *frafallelse av siktelse, påtaleunntatelse eller ved utferdigelse av forelegg*, som godtgjørelse for at mistenkte gir nærmere opplysninger i saken, såkalt ’plea bargaining’. [...] Etter utvalgets mening ville det være svært uheldig om man skulle få et tilsvarende system i Norge.”⁷³

Det refererte taler for at man har lagt seg på en temmelig klar og ordlydstro linje når det gjelder forhandlinger om påtalespørsmålet. Det finnes imidlertid også holdepunkter for at løfteforbudet ikke setter en så absolutt sperre for denne typen forhandlinger, som påtaleinstruksen og utvalgets merknader skulle tilsi.

I den tidligere nevnt avgjørelsen inntatt i Rt-1995-1922 (Bølgepapp II), var det på det rene at Økokrim i samtaler med de siktedes forsvarere hadde tilbudt å utferdige forelegg mot de involverte selskapene, og henlegge forholdet mot selskapenes administrerende direktører dersom foreleggene ble vedtatt. Førstvoterende uttaler om dette at det er nødvendig at påtalemyndigheten kan ”gi informasjon” om de alternativer til vedtakelse av forelegg som er aktuelle, men at de nærmere grenser for påtalemyndighetens og eventuelt forsvarerens adgang til å kunne ”diskutere innholdet” av et forelegg opp mot en alternativ tiltale er mer usikre.

Riksadvokaten forutsetter på sin side at det kan ytes *vederlag* i form av tilskjæring av siktelsen for helt bagatellmessige forhold, jf. rundskriv 2/2000 og 3/2007, hvor det heter:

”Er kildens eget straffbare forhold mindre alvorlig, kan det også være aktuelt med et bøteforelegg istedenfor tiltale. Bagatellmessige forhold kan med den samme begrunnelse avgjøres med påtaleunntatelse.”

⁷³ NOU 1984:27 s. 117

Etter min mening er det ikke særlig realistisk å karakterisere de utspill Økokrim hadde kommet med i Bølgepappsaken som ”informasjon om alternativer”. Det dreide seg i realiteten om ”forhandlinger om skyld og straffespørsmål”.⁷⁴ Tilsvarende er det temmelig konstruert å anta at forhandlinger om og utveksling av slike former for vederlag Riksadvokaten åpner for, kan skje uten at det gis konkrete tilsagn og forespeilinger om utøvelse av myndighet.

Når Høyesterett ikke uttrykte klarere avstand til den fremgangsmåte Økokrim benyttet i Bølgepappsaken, tror jeg dette skyldes at man så at de reelle fordelene ved denne typen avtaler, i dette og i lignende tilfeller, kan oppveie ulempene. På samme måte tror jeg neppe domstolene vil gripe inn overfor diskusjoner om slike former for vederlag som Riksadvokaten går inn for i det nevnte rundskrivet. Hvis jeg skal forsøke meg på en forsiktig konklusjon må det bli at domstolene i stor grad vil respektere at partene diskuterer disse spørsmålene, herunder at påtalemyndigheten gir konkrete tilsagn om sin myndighetsutøvelse, i alle fall så lenge innholdet de forhåndstilsagn som blir gitt ligger innenfor påtalemyndighetens materielle kompetanse.

⁷⁴ Kjelby s. 249

5 AVTALENES BINDENDE VIRKNINGER FOR PÅTALEMYNDIGHETEN

5.1 Problemstillingen

I den grad påtalemyndigheten gir forhåndstilsagn om hvordan den i fremtiden vil utøve sin myndighet, kan man si at den foregriper den alminnelige beslutningsprosessen. Et spørsmål som oppstår i kjølvannet av dette er *om de tilsagn som blir gitt kan få betydning for hvor fritt påtalemyndigheten i etterkant står i den videre straffesaksbehandlingen*. Spørsmålet er en spesiell variant av den forvaltningsrettslige problemstillingen om forvaltningens adgang til å gi bindende forhåndstilsagn vedrørende sin fremtidige myndighetsutøvelse.

5.2 Tilnærming og struktur

I juridisk teori er det valgt ulike innfalsvinker til denne problemstillingen.⁷⁵ Den vanligste tilnærmingen har vært å stille spørsmålet om forvaltningen har *materiell kompetanse* til å gi slike bindende forhåndsløfter.⁷⁶ Tilnærmingsmåten tar som utgangspunkt at det er en forutsetning for at så vel et offentlig som et privat rettssubjekt skal bli rettslig forpliktet av et dispositivt utsagn, at den nødvendige kompetanse foreligger.⁷⁷ Synspunktet er at i den grad forvaltningen har materiell kompetanse til å forhåndsbinde sin myndighet, vil den i utgangspunktet være bundet av sine (dispositive) forhåndstilsagn i samme utstrekning som kompetansen rekker.

⁷⁵ Bernt, Avtaler s. 98-112, jf. også Graver s. 238

⁷⁶ Eckhoff/Smith s. 383 flg.

⁷⁷ Bernt, Avtaler s. 17

For at det skal foreligge materiell kompetanse må dette kunne utledes av et kompetansegrunnlag. De aktuelle grunnlagene er følgende:⁷⁸

- formell lov
- organisasjons- og instruksjonsmyndighet
- Grunnlovens kompetanseregler
- eierrådighet og avtalekompetanse
- sedvanerettslig kompetanse

Siden det er klart at påtalemyndigheten ikke har hjemmel i noen av de tre førstnevnte kompetansegrunnlagene til å gi rettslig bindende forhåndstilsagn, blir de grunnlag som det kan være aktuelt å se nærmere på i det følgende henholdsvis den alminnelige avtalefrihet og sedvanerettslig kompetanse.

5.3 Avtalerettslig kompetansegrunnlag?

Det kunne reises spørsmål ved om man på grunnlag av *avtalefrihetsprinsippet* og *prinsippet om at avtaler skal holdes* kan utlede slutninger om at også påtalemyndigheten må bli bundet av sine løfter og forhåndstilsagn. Det parallelle spørsmålet i den alminnelige forvaltningsretten har vært gjenstand for omfattende diskusjon. Hovedargumentene for å gi avtalerettslig prinsipper anvendelse også på dette området, er hensynet til den private parts berettigede forventninger, dennes rettssikkerhet, den generelle tilliten til staten mv.⁷⁹

Det er imidlertid i dag ”solid forvaltningsrettslig tradisjon for det syn at binding av offentligrettslig myndighet må hvile på et særskilt *offentligrettslig kompetansegrunnlag* og

⁷⁸ Oppstillingen over kompetansegrunnlag forutsettes gjennomgående å være uttømmende, jf Graver s. 212, Aulstad s. 134 og Eckhoff /Smith s. 312

⁷⁹ Bernt, Avtaler 56-76 med henvisninger. Det er særlig Brækhus som har tatt til orde for å gi privatrettslige synspunkter stor gjennomslagskraft også i forhold til det han kaller ”forvaltningskontrakter”. Brækhus, Utvinningstillatelse 1975, ref. i Bernt, Avtaler s. 62 flg.

ikke kan støttes på den alminnelige privatrettslige kompetanse til å inngå avtaler.” (min uth.).⁸⁰ Hovedsynspunktet er at emnet for de aktuelle tilsagn og avtaler – utøving av forvaltningsmyndighet – ikke har noen brukbar parallell i ”rettsgoder privatpersoner råder over”.⁸¹ Det dreier seg om en ressurs som ikke er vanlig handelsvare.⁸² En annen sak er at de reelle hensyn; den private parts berettigede forventninger mv., kan komme inn som sentrale hensyn også i fortolkningen av rammene for de offentligrettslige kompetansegrunnlag.

Jeg nøyer meg med å legge dette til grunn, og utelukker i det følgende avtalefrihetsprinsippet som mulig hjemmel for bindende forhåndstilsagn fra påtalemyndigheten.

5.4 Kompetanse på grunnlag av sedvane?

Et rettslig utgangspunkt for en drøftelse av spørsmålet om en mulig sedvanerettslig kompetanse for påtalemyndighetene til å gi bindende forhåndstilsagn, kan være Rt-1992-1235 (Fiskekvote/Trålrederi), hvor førstvoterende (obiter dictum) gikk langt i å uttale seg generelt om forvaltningens avtalekompetanse:

”Spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig. Jeg begrenser meg til å si at dette *trolig kan stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder*. Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn *på spesielle områder*. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis.” (min uth.)

Som påpekt av Hov er det grunn til å tro at uttalelsen tar sikte på mer alminnelig forvaltningsrett, og at den derfor antagelig ikke bør tillegges særlig stor vekt når det gjelder

⁸⁰ Graver s. 225-226

⁸¹ Bernt, Avtaler s. 109

⁸² Eckhoff/Smith s. 381

spørsmålet om avtalemessig binding av påtalemyndighet.⁸³ Det bør imidlertid være akseptabelt å trekke noen veksler på avgjørelsen.

Høyesterett reserverer avtalekompetansen for *spesielle områder*. Et spørsmål blir da hva som kvalitativt skiller disse spesielle forvaltningsområdene fra de øvrige. Jeg antar at løsningen beror på en bred fortolkning av det sedvanerettslige grunnlag. I realiteten vil det dreie seg om *en totalvurdering av om vedkommende forvaltningsområde er egnet til å forvaltes gjennom bruk av avtalemekanismen*.

Et visst holdepunkt for dette gir Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt-1991-1167. Det rettslige spørsmålet i saken var om det er adgang til å inngå forlik i rettssaker vedrørende overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven. Førstvoterende synes å basere sin avgjørelse på en bred vurdering av de hensyn som ligger til grunn for kompetansebestemmelsene på det aktuelle området, når det uttales følgende:

”Omsorgsovertagelse etter barnevernsloven § 19 første ledd er *offentlig myndighetsutøvelse*. [...] Den rettslige overprøving gjelder *ikke bare interessene til partene i saken*. Det overordnede er hensynet til barnet. *Etter min mening følger det av lovbestemmelsene og de hensyn som ligger til grunn for dem, at det ikke kan treffes bindende avtaler mellom partene om avgjørelsen i slike saker*. Det kan da *heller ikke* inngås rettsforlik med de virkninger det har.” (min uth.)

Det synes altså å være rom for en bred vurdering av kompetansebestemmelsene på vedkommende område, og de hensyn disse bygger på. Jeg tror dessuten Høyesterett fremhever et sentralt moment når det vektlegges at avgjørelsen av spørsmål om omsorgsovertakelse ikke bare berører interessene til partene i saken, men også barnets interesser. Det kan muligens utledes av dette at det vil være vanskeligere å akseptere en kompetanse til å inngå bindende avtaler mellom forvaltningen og privatpersoner dersom *tungtveiende interesser utenfor partsrelasjonen* blir berørt av avtalen.

⁸³ Hov II s. 167

I denne aktuelle saken var det hensynet til barnet som var det sentrale. I andre sammenhenger kan det være andre hensyn, for eksempel hensynet til materielt riktig utøvelse av forvaltningsmyndighet, hensynet til en totalt sett forsvarlig saksbehandlingsprosess, eller at forvaltningen på vedkommende område ikke bør kunne begrense sin omgjøringsadgang eller de berørtes klageadgang mv.

5.5 Forhåndstilsagn om straffeutmåling

Den tidligere omtalte avgjørelsen inntatt i Rt-2005-1453, illustrerer at problemstillingen om avtalebinding av fremtidig myndighetsutøvelse kan bli aktuell også i straffeprosessen. Påtalemyndigheten hadde i denne saken gitt siktede et skriftlig tilsagn om at det på grunn av vedkommendes tilståelser ville bli nedlagt en straffepåstand på syv år. Under den videre etterforskningen ble det imidlertid avdekket at det var grunnlag for å utvide siktelsen, og påtalemyndigheten ga på denne bakgrunn uttrykk for at den ikke lenger anså seg bundet av avtalen. For tingretten og lagmannsretten ble det nedlagt straffepåstand på fengsel i ni år. Spørsmålet for Høyesterett var om det var feil av påtalemyndigheten ikke å overholde avtalen med siktede. Om dette spørsmålet sier førstvoterende følgende:

”Jeg har foran gjort rede for de straffbare handlinger som senere kom til. De er slik jeg ser det, av en slik karakter og av et slikt omfang at påtalemyndigheten må sies å ha hatt god grunn til å gå ifra tilsagnet om at straffepåstanden skulle være 7 års fengsel. Jeg tilføyer at heller ikke domfelte kan ha hatt noen rimelig grunn til å oppfatte situasjonen annerledes. [...] Jeg er etter dette kommet til at det ikke er begått noen feil i forbindelse med at påtalemyndigheten så bort fra tilsagnet om straffepåstand på 7 års fengsel.”

Hov antar at:

”Avgjørelsen ser ut til å bygge på en forutsetning at *påtalemyndigheten selv* i prinsippet er bundet dersom den gir tilsagn om å nedlegge en bestemt straffepåstand, selv om et slikt løfte ikke er bindende for domstolene.”⁸⁴ (sic.)

⁸⁴ Hov II (2007) s. 181

Jeg er ikke sikker på om man kan tolke inn en slik forutsetning. Siden resultatet kunne begrunnes ut fra synsvinkelen *uriktige forutsetninger*, var det ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til eller uttale seg om hvorvidt påtalemyndigheten kan bli bundet av denne typen tilsagn. Min holdning er derfor at avgjørelsen ikke løser spørsmålet.

Jeg mener det kan anføres hensyn som tilsier at påtalemyndigheten ikke bør bli bundet av denne typen tilsagn. Jeg tenker i første rekke på at påtalemyndigheten ved å binde seg på et tidlig stadium kan komme i skade for å forplikte seg til å nedlegge en påstand som rettslig sett må anses å være feilaktig. Det kan tenkes en rekke grunner til at påtalemyndigheten i tiden mellom da tilsagnet avgis og straffepåstand skal nedlegges i rettssalen, kommer til at straffetilsagnet som er gitt ligger på et for lavt nivå. Det vil kunne gi uheldige resultater om påtalemyndigheten ikke skulle ha adgang til å rette opp i dette.

På den annen side vil siktede i mange tilfeller ha en berettiget forventning om at det vil bli nedlagt påstand i samsvar med det tilsagn som er gitt. Når Høyesterett har gått åpent ut og godtatt bruken av denne typen tilsagn (jf. ovenfor), ville det etter min mening virke støtende om påtalemyndigheten kunne fragå avtalen utelukkende under henvisning til at den ikke kan gi noe *bindende* tilsagn.

Problemstillingen vil neppe komme på spissen, idet Riksadvokaten forutsetter at det må foreligge spesielle grunner for å fragå tilsagnet:

”Selv om det er gitt tilsagn om straffepåstand, kan påtalemyndigheten fragå dette og påstå strengere straff dersom det senere viser seg at det er grunnlag for tiltale for andre forhold eller mer omfattende eller alvorlige forhold enn tilsagnet var basert på.”⁸⁵

⁸⁵ Rundskriv 3/2007 pkt. 9.1

Skulle spørsmålet dukke opp mener jeg imidlertid samlet sett at de beste grunner taler for at påtalemyndigheten må være bundet av de dispositive tilsagn som blir gitt vedrørende straffepåstand.

5.6 Forhåndstilsagn om påtaleunntatelse, forelegg eller henleggelse

I den grad det finner sted forhandlinger og tilsagn også om påtaleunntatelse, forelegg eller henleggelse, kan det ikke utelukkes at man fra siktedes side kan få anførsler om at straffesaken for et eller flere forhold skal avvises fra domstolsbehandling, begrunnet i at det er gitt et bindende tilsagn om utenrettslig avgjørelse av vedkommende forhold, og at adgangen til å ta ut tiltalebeslutning derfor må anses avskåret.

Her må imidlertid løsningen klarere gå i motsatt retning av det som ovenfor er anført å gjelde for tilsagn om straffepåstand. Hvis man tillar tilsagnet om påtalespørsmålet en slik rettsvirkning, ville realiteten være at tilsagnet i seg selv får rettskraftvirkninger for domstolene. Det finnes ingen holdepunkter for anta at forhåndstilsagn fra påtalemyndigheten kan ha slike virkninger.

En eventuell bindende virkning av forhåndstilsagn vedrørende påtalespørsmålet ville også komme i konflikt med de grunnleggende forutsetninger som ligger til grunn for straffeprosesslovens regler om personell kompetanse, med hensyn til avgjørelsesprosessen og arbeidsdelingen mellom påtaleorganene.⁸⁶ Særlig reglene om omgjøringsadgang etter §§ 74 og 75 og klageadgangen etter § 59a. Bernt mener følgende om betydningen av dette:

”Forholdet til klagereglene kan fortone seg noe mer problematisk. [...] Det ville stride mot grunnleggende forutsetninger i vår forvaltningsstruktur om et organ hvis avgjørelse er gjenstand for overprøving av et overordnet organ, etter klage eller av eget tiltak, skulle kunne inngå avtale om vedtakets innhold med den virkning at slik overprøving blir avskåret.”⁸⁷

⁸⁶ se tilsvarende om den alminnelige forvaltningen i Bernt, Avtaler s. 24

⁸⁷ Bernt, Avtaler s. 32

Jeg tror man kan legge til grunn at selv om visse hensyn av typen berettigede forventninger mv. også kan komme inne her, har ikke påtalemyndigheten noen sedvanerettslig kompetanse til å suspendere den omgjøringsadgang som ligger i straffeprosesslovens regler gjennom tilsagn om fremtidig myndighetsutøvelse.

5.7 Kan forhåndstilsagnet få betydning for når omgjøringsvernet etter straffeprosesslovens regler inntre?

Et spørsmål i forlengelsen av problemstillingen i pkt. 5.6, er om forhåndstilsagn vedrørende den fremtidige avgjørelsen av påtalespørsmålet kan få betydning for når omgjøringsvernet etter straffeprosesslovens regler inntre. Spørsmålet blir når straffeprosesslovens vern mot omgjøring til skade for siktede kommer til anvendelse, herunder om tilsagn og underhåndskontakt kan føre til at omgjøringsvernet inntre på et tidligere stadium enn det ellers ville ha gjort.

Når det gjelder *forelegg* er løsningen på dette spørsmålet temmelig klar. Utgangspunktet er for så vidt at et forelegg må anses som et tilbud som er bindende for påtalemyndigheten jf. Rt-1960-1357.⁸⁸ På grunnlag av to høyesterettsavgjørelser, henholdsvis Rt-1931-726 og Rt-1996-589, er det imidlertid i juridisk teori blitt lagt til grunn at *forelegget må være utferdiget* for at denne rettsvirkningen skal inntre – ”*et forhåndsløfte fra påtalemyndigheten er ikke bindende*”.⁸⁹

Den allerede omtalte avgjørelsen i Rt-1995-1922 (Bølgepapp II) bygger muligens på en tilsvarende oppfatning. Jeg viser til redegjørelsen for saksforholdet som er gitt tidligere i oppgaven. Førstvoterende uttaler: ”Jeg finner at forsvarernes angrep på tiltalen ikke kan føre frem. Ved utferdigelsen av tiltalen var Økokrim *ikke bundet* av det som fremkom under samtale om å avgjøre sakene ved forelegg.” (min uth.).

⁸⁸ Men så lenge forelegget ikke er vedtatt må det kunne tilbakekalles av overordnet påtalemyndighet etter analogi fra straffeprosessloven § 75(2), jf. Andenæs II s. 325

⁸⁹ Andenæs I s. 325

På bakgrunn av praksis og teori antar jeg at løsningen må bli at begrensningene i omgjøringsadgangen hva gjelder forelegg, først inntretr når siktede får meddelt et utferdiget forelegg.

Når det gjelder henleggelse og påtaleunnlatelse er skjæringspunktet for omgjøringsreglene knyttet til selve *avgjørelsestidspunktet*, dvs. når *forfølgning er innstilt* eller *påtale er unnlatt* jf. §§ 74 og 75. Loven definerer ikke nærmere når en slik beslutning skal anses å være truffet. Påtaleinstruksen § 17-3, som gjelder direkte for henleggelse og tilsvarende for påtaleunnlatelse jf. § 18-7, oppstiller imidlertid visse formkrav til beslutningene, herunder at en ”Beslutning om innstilling av straffeforfølgning skal være skriftlig og den skal dateres og underskrives av rette vedkommende.” En innfallsvinkel til spørsmålet som drøftes her, kunne da være å spørre om påtaleinstruksens formkrav er nødvendige forutsetninger for at man skal kunne anse forfølgning for innstilt eller påtale for unnlatt.

Når det gjelder *påtaleunnlatelse* må løsningen anses rimelig klar. Beslutning om påtaleunnlatelse er en reaksjon og en måte å gjøre opp et pådratt straffansvar på, som innebærer en skyldkonstatering fra påtalemyndighetens side.⁹⁰ I mer alvorlige tilfeller skal påtaleunnlatelsen registreres i strafferegisteret. Det må være temmelig klart at en slik avgjørelse ikke kan treffes på noen annen måte enn ved en formell og skriftlig beslutning.

I relasjon til beslutninger om å *innstille forfølgning* stiller imidlertid saken seg noe annerledes. Henleggelsesbeslutninger manifesterer seg ikke for omverdenen på noen annen måte enn at påtalemyndigheten ikke foretar seg noe nærmere for å forfølge saken. Spørsmålet om henleggelse kan anses å ha funnet sted uten at det er truffet skriftlig og formell henleggelsesbeslutning, ble berørt i Rt-1980-360 (Nittedal), hvor førstvoterende uttaler:

⁹⁰ Hov II (2007) s. 94

”Som jeg har nevnt, uttalte statsadvokaten med tilslutning fra Riksadvokaten at det ikke ville bli utferdiget tiltale etter straffelovens § 239. Man kunne da reise spørsmålet om påtalemyndigheten ved denne beslutning må sies å ha innstilt forfølgningen for så vidt denne bestemmelsen angår. Virkningen kunne da være at verken påtalemyndigheten eller retten hadde anledning til å gjenoppta forfølgningen etter denne bestemmelsen med mindre vilkårene etter straffeprosesslovens § 87 skulle foreligge. Etter det standpunkt jeg har kommet til, behøver jeg ikke ta stilling til dette spørsmålet.”

Problemstillingen var også aktuell i Rt-2000-1084. I denne saken var det reist siktelse for tre tilfelle av bedrageri, men tiltale ble bare tatt ut for to av tilfellene. Etter ett år ble det reist tilleggstiltale for det tredje forholdet. Spørsmålet for Høyesterett var om den omstendighet at den opprinnelig tiltalebeslutningen bare omfattet to av tilfellene, måtte medføre at det tredje forholdet var å anse som henlagt. I denne sammenheng uttales følgende:

”Det står i påtaleinstruksen § 17-3 at beslutning om innstilling av straffeforfølgning skal være skriftlig og skal dateres og underskrives av rette vedkommende. På samme måte skal det gjøres bemerkning om når, av hvem, på hvilken måte og til hvem underretning om beslutning er sendt. Dette er imidlertid kun en instruks til påtalemyndigheten og ikke et krav som går frem av loven.

Hov, Rettergang II, Straffeprosess uttaler på side 107:

«Hvis nå først påtalemyndigheten opptrer på en måte som siktede har rimelig grunn til å oppfatte som utslag av en beslutning om henleggelse, burde han ha det samme vern mot gjenåpning av forfølgningen, som han ville hatt dersom det hadde vært truffet et formelt korrekt henleggesvedtak. »

Det foreligger i vår sak ingen skriftlig beslutning om henleggelse, og det går heller ikke på noen annen måte frem av saken at den er henlagt. Påtaleinstruksens krav om skriftlighet har gode grunner for seg, da det sikrer notoritet. På den annen side kommer hensynet til siktede inn. Situasjonen kan være slik at han har *rimelig grunn til å regne med at saken er henlagt*. I vår sak ble A tiltalt for enkelte forhold, men ikke for andre, og det gikk ett år før tilleggstiltalen ble tatt ut. I tillegg har det betydning at det ble tatt ut tiltale mot andre personer for det forhold tilleggstiltalen gjaldt. Jeg er under tvil kommet til at siktelsen for kortbedrageri i perioden 22. til 24. desember 1994 som omfattes av tilleggstiltalebeslutningen, ikke var henlagt.” (min uth.)

Slik jeg ser det er uttalelsen av interesse for spørsmålet om forhåndstilsagn kan få betydning for når en straffesak må anses å være henlagt. Høyesterett holder muligheten åpen for at innstilling av forfølgning kan måtte anses å ha funnet sted uten at noen formkrav er fulgt, og at *hensynet til siktede og dennes rimelige forventning om at saken er henlagt, kan få utslagsgivende betydning ved avgjørelsen*. Jeg antar at i den grad spørsmålet kommer på spissen, vil det etter omstendighetene kunne være et viktig moment ved vurderingen av om innstilling har funnet sted, at påtalemyndigheten har gitt siktede forventninger om dette i form av forespeilinger, forhåndstilsagn, løfter eller på annen måte.

6 AVTALENES BINDENDE VIRKNINGER FOR DOMSTOLENE

6.1 Problemstillingen

Avslutningsvis vil jeg se nærmere på spørsmålet *om domstolene blir bundet av de avtalene som påtalemyndigheten og siktede inngår*. Spørsmålet er nært forbundet med problemstillingene knyttet til *forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. Disse problemene er grundig behandlet i juridisk litteratur, og jeg skal ikke gå inn på noen generell behandling av emnet. Her skal jeg bare ta opp enkelte spørsmål som er av spesiell interesse for denne oppgavens tema.

6.2 Avtaler om subsumpsjon og tilskjæring av siktelsen

Først vil jeg ganske kort si noe om hvorvidt domstolene blir bundet av eventuelle avtaler mellom partene om subsumpsjon og tilskjæring av siktelsen. Spørsmålet må som allerede antydnet søkes løst etter de regler som gjelder for kompetansefordelingen mellom påtalemyndigheten og domstolene, som er forklart slik i Rt-1980-360 (Nittedal):

”I vår rett gjelder imidlertid anklageprinsippet [...]. Prinsippet innebærer at anklageretten ikke ligger hos domstolene, men hos påtalemyndigheten. Det er, som jeg har vært inne på, klart at domstolen ikke kan felle tiltalte for et *annet faktisk forhold* enn det som er beskrevet i tiltalebeslutningen. Retten kan imidlertid heller ikke dømme tiltalte for et *forhold som rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen gjelder*.” (min uth.)

Læren om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom må medføre at en avtale som innebærer at påtalemyndigheten tilskjærer siktelsens *faktiske side* vil være bindende for domstolene, så lenge de forhold som utelates er å anse som *andre faktiske forhold* etter §

38, enn de som iretteføres. Påtalemyndigheten henlegger for eksempel saken vedrørende bruk og besittelse av narkotika mot en tilståelse av tyveri.

Hvis det er tale om å tilskjære tiltalebeslutningen *innefor samme faktiske forhold*, stiller det seg annerledes. Man kan for eksempel tenke seg at partene blir enige om omfanget av et bevismessig omtvistet narkotikaparti.⁹¹ Prinsipielt sett har retten i slike tilfeller anledning til å pådømme en større mengde narkotika. Men det er bare når det er ”særlig grunn til det” at retten prøver om det foreligger ”omstendigheter som ville bringe forholdet inn under en strengere straffebestemmelse enn ette tiltalen.” jf. straffeprosessloven § 38(1) annet punktum. Dersom påtalemyndigheten tilskjærer bevisførselen til det faktum som er beskrevet i tiltalebeslutningen, vil ikke retten ha noen foranledning til å undersøke om slike omstendigheter foreligger.⁹²

Når det gjelder *subsumpsjonen* er domstolen ubundet av tiltalebeslutningen, så lenge subsumpsjonsendringen ikke forrykker det straffbare forholdets identitet, jf. straffeprosessloven § 38(2) første punktum. Påtalemyndigheten kan således for eksempel ”ikke med bindende virkning for domstolen erklære at den bare ønsker handlingen påtalt som simpelt tyveri, ikke som grovt.”⁹³

6.3 Avtaler om straffepåstand

Det siste spørsmålet som skal drøftes gjelder forholdet mellom påtalemyndighetens straffepåstand og domstolenes straffeutmåling. Påtaleinstruksen § 26-1(1) bestemmer at ”Til vegledning for retten bør aktor i sin prosedyre uttale seg om hva slags straff som etter hans mening er passende...”. Det vanlige er at påtalemyndigheten fremsetter straffepåstand ved hovedforhandlingens avslutning.⁹⁴

⁹¹ Kjelby s. 251

⁹² jf. også Kjelby s. 251

⁹³ Andenæs I s. 347

⁹⁴ Hov II (2007) s. 89

Problemstillingen er om og eventuelt i hvilken utstrekning domstolene er bundet av påtalemyndighetens straffepåstand i de tilfellene det er inngått avtale mellom partene om hvilken straffepåstand som skal nedlegges.

6.3.1 *Rettslig utgangspunkt*

Domstolenes forhold til den straffepåstand som er nedlagt er uttrykkelig regulert i straffeprosessloven § 38(2): "Med hensyn til det straffebud som skal anvendes på forholdet, er retten ikke bundet av tiltalen eller de påstander som er fremsatt. *Det samme gjelder med hensyn til straff og andre rettsfølger.*" (min uth.).

Etter lovens utgangspunkt er det således klart at domstolene ikke er bundet av påtalemyndighetens straffepåstand. Ved denne regelen etableres en grunnleggende *kompetansefordeling* mellom påtalemyndigheten og domstolene. Som jeg har vært inne på tidligere gjelder det i straffeprosessen ikke noe forhandlingsprinsipp, slik som i sivilprosessen, jf. tvistemålsloven § 85. Det er rettens oppgave å utmåle straff, uavhengig av partenes påstander.

Lovens utgangspunkt har i den senere tid blitt utfordret både fra politisk hold og i praksis fra de rettshåndhevende myndigheter, med Høyesterett i siste instans. I det følgende vil jeg først redegjøre kort for Justisdepartementets forslag om å endre rettsstilstanden på det aktuelle punkt, ved innføring av en ordning hvor påtalemyndigheten skal kunne gi tilsagn som binder domstolenes straffeutmåling (pkt. 6.3.2.). Siden vil jeg redegjøre mer inngående om den nevnte praksis og i særdeleshet Høyesteretts dom inntatt i Rt-2007-616, for å beskrive rettsstilstanden de lege lata (pkt. 6.3.3.).

6.3.2 *Justisdepartementets forslag om å lovfeste regel om bindende straffetilsagn*

Justisdepartementet foreslår i et høringsnotat fra september 2006 om hurtigere behandling av straffesaker, å innføre en ny regel om det som i notatet blir kalt *straffetilsagn*. Reglene som foreslås gir påtalemyndigheten en adgang til å forplikte seg overfor siktede til å nedlegge en bestemt påstand om straff, og avkjærer i utgangspunktet domstolen fra å

idømme strengere straff enn påtalemyndighetens påstand. Dersom forslaget tas til følge vil det altså innebære en endring av prinsippet i straffeprosessloven § 38 om domstolenes uavhengighet til straffepåstanden.

Forslaget begrunnes med at en slik ordning antagelig vil stimulere til flere tilståelser, og gi grunnlag for forenklet pådømmelsen. Det legges i notatet til grunn at domstolene også i dag vektlegger en eventuell enighet mellom partene ved straffeutmålingen, og at den regel som beskrives derfor ikke vil innebære noen vesentlig endring av rettstilstanden.

Forslaget møtte betydelig motbør fra høringsinstansene, blant annet fra Høyesterett, Riksadvokaten, Domstolsadministrasjonen m.fl. Hovedinnvendingene fra motstanderne var at forslaget innebærer grunnleggende endringer i forholdet mellom påtalemyndigheten og domstolene, at det ville føre til en rolleblanding og fare for forskjellsbehandling mv. Etter den negative tilbakemeldingen gjennom høringsrunden er det høyst usikkert om forslaget vil bli fremmet av departementet. Dette vil neppe avklares før våren 2008.

6.3.3 Avtaler som straffeutmålingsmoment

Som påpekt i høringsnotatet finnes det allerede i dag eksempler fra praksis på at domstolene uttaler seg om hvilken betydning det har for reaksjonsfastsettelsen at det er inngått avtale mellom påtalemyndigheten og siktede om straffepåstand, jf. for eksempel Borgarting lagmannsretts avgjørelse i RG-2002-88:⁹⁵

”Forsvareren har ... gjort gjeldende at til tross for at et formalisert « plea-bargain »-opplegg ikke finnes i norsk straffeprosess, blir dette allikevel i en viss utstrekning praktisert, og at domstolene bør ta hensyn til denne form for kontakt mellom påtalemyndigheten og forsvareren. Særlig anføres at gode grunner taler for dette når betydelige ressurser kan spares og hurtigere saksavslutning oppnås. Lagmannsretten er enig i disse synspunkter. ”

⁹⁵ jf. også RG-2006-1072, LA-2005-170749 og RG-2002-362

I den ovenfor nevnte høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt-2007-616 kom spørsmålet om domstolenes forhold til partenes avtale om straffepåstand på spissen. Det prinsipielle spørsmålet for Høyesterett var om domstolene skal tillegge avtaler om straffepåstand en viss selvstendig betydning, som et blant flere straffeutmålingsmomenter. Avgjørelsen ble avsagt under dissens 3-2. Førstvoterende som talsmann for flertallet uttaler:

”Gode grunner kan etter omstendighetene tale for at påtalemyndigheten inngår denne type avtaler for på den måten å begrense rettsforhandlingen. [...] Skal formålet kunne oppnås, må det være en viss forutberegnlighet med hensyn til hvilket gjennomslag påtalemyndigheten vil kunne regne med å få i domstolen. Dette tilsier at domstolen må være villig til å *tillegge slike tilsagn en viss selvstendig betydning*, selv om de ikke gis rekkevidde som i det lovforslag som er presentert i Justisdepartementets høringsnotat av september 2006 om hurtigere behandling av straffesaker. Forutsetningen er selvfølgelig at påtalemyndigheten ved inngåelse av slike avtaler opptrer lojalt i forhold til de retningslinjer for strafferabatt som er trukket opp i Høyesteretts praksis.” (min uth.)

Et sentralt spørsmål er hvordan flertallets votum forholder seg til straffeprosessloven § 38. Det er klart at flertallet mener at enigheten mellom partene bare skal være ett moment blant flere ved straffeutmålingen, og domstolene vil derfor ikke være fullstendig avskåret fra å gå utover straffepåstanden.

Straffeutmålingsmomenter er imidlertid per definisjon ”... normer som [...] begrenser den frihet som de vide strafferammene tilsynelatende gir.”⁹⁶ Flertallets standpunkt innebærer nødvendigvis at en enighet mellom partene vil være et moment som domstolene må og skal tillegge vekt, og som dermed skaper bindinger på domstolenes rettsanvendelse. Det er vanskelig å komme utenom at en slik retningslinje for straffeutmålingen innebærer en modifisering av domstolenes uavhengighet til straffepåstanden, som står i et visst spenningsforhold til ordlyden i § 38(2).

⁹⁶ Andenæs, Alminnelig strafferett s. 457

Mindretallet (herunder tidligere riksadvokat Rieber-Mohn) anser seg i større grad bundet av bestemmelsen i § 38(2), og mener i tillegg at vektige reelle hensyn taler mot flertallets løsning:

”Det er et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess at domstolene står fritt i forhold til påtalemyndighetens straffepåstand, jf. straffeprosessloven § 38 andre ledd. Dette gjelder uavhengig av om påstanden er nedlagt i samsvar med avtale med tiltalte eller ikke. [...] En ordning hvor påtalemyndigheten som motytelse for en uforbeholden tilståelse, skal kunne gi et *mer eller mindre bindende tilsagn om redusert straff, vil representere en prinsipiell nydannelse i vår straffeprosess.*”
(min uth.)

Utover forholdet til prinsippet i § 38 sier mindretallet følgende:

”Etter min mening vil en slik ordning både være prinsipielt betenkelig og virke sterkt urimelig. [...] en ordning hvor påtalemyndigheten skal kunne tilby redusert straff som « vederlag » for en uforbeholden tilståelse, vil innebære en fare for forskjellsbehandling og favorisering av ressurssterke siktede og vil kunne fungere som et uheldig pressmiddel overfor en siktet som faktisk er uskyldig, men som er redd for ikke å bli trodd. For meg fremstår en rettstilstand hvor tiltaltes rettsstilling skal være avhengig av aktors forhandlingsvilje og forsvarerens forhandlingsdyktighet, som svært uheldig.”

Det som er trukket frem ved avgjørelsen så langt viser at flertallet ikke ser prinsippet i § 38 som en begrensning på samme måte som mindretallet. For øvrig fremgår det av dissensen at det kan anføres vektige reelle hensyn for begge løsninger.

Et aktuelt spørsmål er hvilken betydning denne avgjørelsen vil ha når tilsvarende spørsmål oppstår i fremtiden, altså hvilken prejudikatverdi eller vekt dommen har. Utgangspunktet må være at de hensyn som generelt taler for at høyesterettsavgjørelser er en relevant rettskilde av betydelig vekt, også taler for at denne avgjørelsen bør være styrende for hvordan spørsmålet løses i fremtiden. De sentrale momenter i denne sammenheng er hensynene til konsekvens, likhet og forutberegnelighet, underordningsforholdet mv. Det må også legges vekt på at Høyesterett er ansett for å ha en særlig viktig rolle for å trekke

opp retningslinjer for straffeutmålingen.⁹⁷ I tillegg bør det fremheves at vi befinner oss på et område hvor det er spesielt viktig for rettssubjektene å kunne forutberegne sin rettsstilling, og hvor en eventuell justering i samsvar med mindretallets votum vil kunne være til skade for tiltalte.⁹⁸

Slik jeg ser det må det på denne bakgrunn få mindre betydning at dommen er avsagt under skarp dissens. Det må her dessuten sees hen til at flertallet i Høyesterett gir sin tilslutning til en praksis som allerede langt på vei var etablert gjennom flere lagmannsrettsavgjørelser. Konklusjonen må etter mitt skjønn bli at inntil det kommer nye signaler fra lovgiver eller Høyesterett, bør flertallets standpunkt anses som gjeldende rett.

⁹⁷ Andenæs, Alminnelig strafferett s. 457-458

⁹⁸ Eckhoff s. 184

LITTERATURLISTE

- Andenæs, Johs. (1987): God Åklagarsed, Forhandlingarna vid det 31. nordiska juristmötet i Helsingfors 19.-21. august 1987 Del I s. 57 flg.
- Andenæs, Johs. (2000): Norsk straffeprosess. Bind I. 3. utg., 2. opplag (Oslo)
- Andenæs, Johs. (2005): Alminnelig strafferett. 5. utg. 2. opplag (Oslo)
- Andersen, J.P. (1985): Retsplejelovens § 752, stk. 3, 2. pkt.: Løfter, urigtige foregivender eller trusler må ikke anvendes, Juristen 1985 s. 167
- Auglend m fl. (1998): Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, Politirett (Oslo)
- Aulstad, Johan G. (2005): Kommunale utbyggingsavtaler (Bergen)
- Bernt, Jan Fridthjof (1978): Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn, TfR 1978 s. 241
- Bernt, Jan Fridthjof (1981): Avtaler med stat og kommune. Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter. Kompetansespørsmål og rettsvirkninger (Bergen)
- Bjerke og Keiserud I (2001): Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud: Straffeprosessloven med kommentarer. Bind I. 3. utgave (Oslo)
- Bjerke og Keiserud II (2001): Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud: Straffeprosessloven med kommentarer. Bind II. 3. utgave (Oslo)
- Bratholm, Anders (1980): Strafferett og samfunn. Alminnelig del. (Oslo)
- Eckhoff og Smith (2003): Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, 7. utg. (Oslo)
- Eckhoff, Torstein (2001): Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo)
- Eskeland, Ståle (2006): Strafferett, 2. utgave (Oslo)
- Feldtmann, Birgit (2002): Anklagemyndighedens rolle – nogle komparative tanker om legalitet og opportunitet i det danske og det tyske retssystem, NTfK 2002 nr. 3 s. 157

- Frihagen, Arvid (1991): Forvaltningsrett, Bind I (Oslo)
- Graver, Hans Petter (2002): Alminnelig forvaltningsrett (Oslo)
- Hov, Jo (1983): Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse (Bergen)
- Hov, Jo (1998): Henleggelse av straffesaker, Stat, politikk og folkestyre, Festskrift til Per Stavang s. 613-629
- Hov, Jo (1999): Rettergang I Sivil- og straffeprosess (Oslo)
- Hov, Jo (1999): Rettergang II Straffeprosess (Oslo)
- Hov, Jo (2007): Rettergang II Straffeprosess (Oslo)
- Jebens, Sverre Erik (2004): Menneskerettigheter i straffeprosessen (Oslo)
- Kjelby, Gert Johan (1996): Forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede. Straffeprosessuelle forlik? Krj. 1996 s. 227-256
- Lynch, Timothy (2003): The Case Against Plea Bargaining, Regulation, The Cato Institute, Vol.26, No. 3, Fall 2003
- Matningsdal og Bratholm: Magnus Matningsdal og Anders Bratholm, Straffeloven, Kommentaarutgave, Første del. Alminnelige bestemmelser, 2.utg., Oslo 2003
- Myhrer, Tor-Geir (2001): Etterforskningsbegrepet, TfS, Årg. 1, nr. 1 s. 6-31
- Myhrer, Tor-Geir (2003): Påtalemyndighetens praksis som rettskilde, TfR 2003 s. 219
- Møse, Erik (2002): Menneskerettigheter (Oslo)
- Nowak, Manfred (2005): U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, 2. utg.
- Robberstad, Anne (1999): Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling (Oslo)
- Røstad, Helge (1981): Utvalgte emner innen strafferetten (Oslo)
- Sandefur, Timothy (2003): In Defence of Plea Bargaining, Regulation, The Cato Institute, Vol.26, No. 3, Fall 2003
- Skaflem, Ingolf (1992): Om straff og kjøpslåing, LoR 1992 s. 309

DOMSREGISTER

Rt-1931-726

Rt-1960-1357

Rt-1979-1021

Rt-1980-360 (Nittedal)

Rt-1991-1167

Rt-1992-1235 (Fiskekvote/Trålrederi)

Rt-1994-1139

Rt-1995-1922

Rt-1995-1975

Rt-1996-589

Rt-1998-407 (Skrik)

Rt-1998-2001

Rt-2000-3

Rt-2000-1084

Rt-2003-549

Rt-2003-1814

Rt-2005-641

Rt-2005-1453

Rt-2007-616

Rt-2007-1056 (NOKAS)

RG-2002-88

RG-2002-362

LA-2005-170749

RG-2006-1072

FORARBEIDER

| | |
|--------------------------|--|
| Innst. (1969) | Straffeprosesslovkomiteens innstilling av 1969 om lov om rettergangsmåten i straffesaker |
| NOU 1984:27 | Ny påtaleinstruks |
| NOU 1992:23 | Ny straffelov - alminnelige bestemmelser, Straffelovkommisjonens delutredning V |
| NOU 1997:15 | Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, Delutredning II |
| Arbeidsgruppe I (2000) | Prosjekt hurtigere straffesaksbehandling, sluttrapport 20. juni 2000 |
| NOU 2002:4 | Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII |
| Ot.prp.nr.64 (1998-1999) | Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv) |
| Ot.prp.nr.81 (1999-2000) | Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.) |
| Ot.prp.nr.90 (2003-2004) | Om lov om straff (straffeloven) |
| Ot.prp.nr.51 (2004-2005) | Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) |
| Innst.O.nr.3 (1999-2000) | Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.) |
| Betænkning nr. 1424/2002 | Det danske Straffelovrådets betænkning om straffastsættelse og strafferammer I, Almindelig del (København) |
| E/CN.4/365 (1950) | U.N. Commission on human rights, Sixth Session, Compilation of the comments of Governments on the draft international covenant on human rights and on the proposed additional articles |
| E/CN.4/S.159 (1950) | U.N. Commission on human rights, Sixth Session, Summary record of the hundred and fifty-ninth meeting |

RUNDSKRIV

| | |
|------------------|--|
| Rundskriv 2/2000 | Riksadvokatens rundskriv nr. 2 2000 Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode |
| Rundskriv 3/2007 | Riksadvokatens rundskriv nr. 3 2007 Tilståelsesrabatt |

